

البناية في شرح الهداية

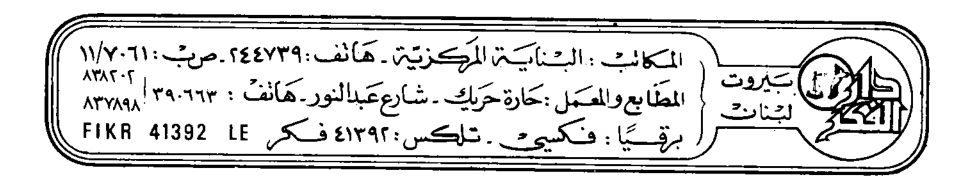
لأبي محمد محمود بن أحمد العيني

المولوى محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط

الجزء السادس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر ببيروت

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب

مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر



كتاب الأيمان

قال الأيمان على ثلاثة أضرب ، اليمين الغموس ، و يمين منعقدة ، ويمين لغو ،

(**كتاب الأيمان**)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الأيمان ، وهو جمع يمين ، وهو في اللغة القوة ، ومنه قوله تعالى ﴿ لأخذنا منه باليمين ﴾ ٤٥ الحاقة ، أي بالقوة . وفي الشريعة عقد قوى عزم الحالق على الفعل أو الترك . وقال النفي اليمين تقوية أحد طرفي الجزء بالقسم به ، وطرفا الجزء الصدق والكذب . واليمين على ضربين يمين هي قسم ، وهو اليمين بالله عزوجل ، ويمين هي الشرط والجزاء مثل تعليق الطلاق والعتاق ونحو ذلك بشرط ، وهو يمين بعرف أهل الشرع ، وأسماؤه ستة : قسم ويمين وحلف وعهد وميثاق وإيلاء . ولليمين شرط ، وهو كون الحالف مكلفاً ، وسبب وهو إرادة تحقيق ما قصده ، وركن ، وهو اللفظ الذي ينعقد به اليمين ، وحكم وهو البر ، فما تجب البر فيه والكفارة على قرابة ، وإنما قيل فيما يجب فيه البر ، لأن من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدوري (الأيمان على ثلاثة أضرب) أي على ثلاثة أنواع (اليمين الغموس ، واليمين المنعقدة ، واليمين اللغو) قال في المغرب الصواب أن يقال على ثلاث أضرب ، وإن كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تأويل الأقسام . قوله - يمين الغموس - قال الأترازي هذا من إضافة الجزء إلى نوعه ، كقولهم علم الطب ، فخرج منه الجواب عما يقال أن الموصوف لا يضاف إلى صفته وبالعكس . وقال الكاكي الأصح من النحاة اليمين الغموس صفة لليمين ، وما قيل أنه من إضافة الجنس إلى نوعه كعلم الطب غير صحيح ،

لأن الطب ليس بصفة ، ثم وجه الإنحصار بين الثلاثة أن اليمين لا يخلو إما أن يكون فيها مؤاخذة ، أو الثاني الأخير ، والأولى إن كانت المؤاخذة في الدنيا فهو المنعقدة . وإن كانت المؤاخذة في العقبى فهو الغموس . وفي الإيضاح والأقسام الثلاثة إنما تتأتي في اليمين بالله تعالى .

واليمين في وجوب الحفظ أربعة أنواع : ما يجب فيها البر وهو الحلف على فعل طاعة أو ترك معصية ، وذلك فرض عليه ، وبالحلف يزداد وكادة وما لا يجوز حفظها وهو الحلف على ترك طاعة أو فعل معصية ، وما لا يخير فيه بين الحنث والبر ، والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث ، قال عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خير منها فليأت بالذي هو خير .. الحديث وأدنى الأمر الندب ، وما ينوي فيه البر والحنث في الإباحة فنحى بينهما وحفظها أولى لقوله تعالى ﴿ واحفظوا أيمانكم ﴾ ٨٩ المائدة ، وحفظ اليمين بعد وجوبها بالبر ، ومتى حنث في اليمين والمنعقدة فعليه الكفارة بالنص وإجماع الأمة . والغموس على وزن فعول للمبالغة ، سميت به لأنها تغمس صاحبها في النار ، وقيل لأنها تغمس صاحبها في الإثم لأنه تعمد فيها الكذب .

(فالغموس : هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) على إثبات شيء أونفيه ، وسواء كان ماضياً أو حالاً ، نظير الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الأمر ، وهو عالم بأنه قوله . ونظير الحال قوله والله إنه زيد مع علمه إنه عمرو ، وما أشبهه . وقول المصنف – على أمر ماض – وهو عبارة القدوري ، فذلك اقتصر المصنف عليه ، ويشير قوله – على أمر ماض – قيدوا لها الماضي والحال ، سواء لأن الغموس لا يتحقق في الحال أيضاً ، ولكنه اقتصر على الماضي بناء على الغالب ، لأن الماضي شرط ، ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره أن الغموس يتحقق في الحال أيضاً .

وفي شرح الكافي اليمين الغموس ليست يمين في الحقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع ، وهذه كبيرة محضة ، وهي ضد المشروع ، ولكن سمي يميناً [1] مجازاً لارتكاب هذه

---

(١) في الأصل – سمن يلنبا – والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذباً أدخله الله النار ، ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار ، وقال الشافعي « رح » فيها الكفارة لانها شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً ، فأشبه المعقودة .

الكبيرة باستعمال صورة اليمين ، وفي البخاري عن عبد الله بن عروة عن النبي ﷺ قال الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين واليمين الغموس .

(فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من حلف كاذباً أدخله الله النار) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن ورد في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال قال رسول الله ﷺ من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرء مسلم ، حرم الله عليه الجنة وأدخله النار . وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود رضي الله عنه لقي الله وهو عليه غضبان . وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله ﷺ من حلف على يمين مصبورة كاذباً فليبدأ مقعده من النار ، وقال ابن الأترازي ألزم بها وحبس عليها وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم ، وقيل لها مصبورة وإن كان صاحبها هو المصبور ، لأنه إنما صبر من أجلها ، أى حبس ووصف بالصبر وأضيف اليه مجازاً .

(ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وبه قال مالك وأحمد « رح » وكذا أهل العلم منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهم وسعيد بن المسيب والحسن البصري والأوزاعي والثوري والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وداود الظاهري .

(وقال الشافعي فيها الكفارة) وهو قول الزهري ومحمد بن مسلم وعطاء بن أبي رباح (لأنها) أي لأن الكفارة (شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى) فيه تتابع الإضافات (وقد تحقق) أي الهتك (بالاستشهاد بالله) أي الحلف بالله حال كونه (كاذباً فأشبه المعقودة) أي اليمين المعقودة .

ولنا أنها كبيرة محضة ، والكفارة عبادة تتادى بالصوم ويشترط فيها النية ، فلا تناط بها ، بخلاف المعقودة ، لانها مباحة

(ولنا أنها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة) لما روى البخاري من حديث عبدالله ابن عمر قال قال النبي ﷺ من الكبائر الإشراك بالله وقد مضى الآن ، ولو كان بها كفارة لذكرها . وقال الكاكي والجمهور قوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ، وعد منها اليمين الفاجرة ، رواه أبو الفرج . وقال ابن المنذر لا نعلم خبراً يدل على ما قال الشافعي من وجوب الكفارة (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية) والمشروعات ثلاثة أنواع : عبادة محضة ، وسببها مباح ، وعقوبة محضة وسببها حرام محض ، وكفارات مترددة بين العبادة والعقوبة ، ويشترط لها النية كسائر العبادات ، والنية لا تشترط في العقوبات (فلا تناط بها) أي فلا تناط الكفارة بالكبيرة يعني أن اليمين الغموس بما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطاً لكفارة التي هي عبادة ، بدليل أدائها بالصوم .

(بخلاف المعقودة) أي بخلاف اليمين المنعقدة ، فإنها ليست بكبيرة (لأنها مباحة) فجاز أن يناط بها العبادة . وقال الأكمل وفيه بحث من وجوه . الأول: لو كان ما ذكرتم صحيحاً لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكراً من القول وزوراً ، وهذا نقض إجمال . الثاني : ما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى . الثالث : الكبيرة سيئة ، والعبادة حسنة وأشباهها إياها مباح بها ، لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها .

والجواب عن الأول : أن الكفارة لم تجب بالظهار ، بل بالعود الذي هو العزم على الوطء ، وهو مباح . وعن الثاني : بأنه لا يلزم من رفع الأضعف شيء رفع الأقوى به . وعن الثالث : بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ، ومقابلة هذه الحسنة بهذه السيئة ممنوعة ، بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن .. الحديث ، ولو كان فيها ذنب هذا جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب ، والمنعقدة فيها ذنب ، فلا تكون متأخرة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم .

ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ ، وما في الغموس ملازم ، فيمتنع الإلحاق ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان ﴾ ٢٢٥ البقرة ، وهو ما ذكرنا ، ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض ، وهو يظن أنه كما قال والامر بخلافه ، فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها ،

(ولو كان فيها) أي في المنعقدة (ذنب فهو متأخر) عن اليمين بالحنث (متعلق باختيار مبتدأ) ففيما يفعل اختياري (وما في الغموس ملازم) انما في الغموس من الذنب ملازم لا يفارقها لا ابتداء ولا انتهاء ، فإذا كان كذلك (فيمتنع الإلحاق بها) أي بالمنعقد فلا يصلح إلحاق الغموس بالمنعقدة قياساً عليها . وقال الأكمل وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبه المعقود .

(والمنعقدة) أي اليمين المنعقدة (ما يحلف) الحالف (على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله) مثال الفعل والله لأدخلن دارك مثلاً ، ومثال عدم الفعل والله لا أكلم فلاناً مثلاً (وإذا حنث في ذلك) أي في إتيانه باليمين المنعقدة (لزمته الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ ٢٢٥ البقرة، وهو ما ذكرنا) أي المراد من قوله تعالى ﴿ بما عقدتم الأيمان ﴾ ما ذكرنا من قولنا ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، يعني حقيقة ما نص في الآية ما ذكرنا.

(ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض ، وهو) أي الحال أنه (يظن أنه كما قال) يعني ظن أن الأمر كما ذكره لقوله والله لقد دخلت الدار ، والله ما كلمت زيداً (والأمر بخلافه) أي والحال أن الأمر بخلاف ما كان يظنه (فهذه اليمين) أي يمين اللغو هذه حكمها (نرجو أن لا يؤاخذ الله بها) أي بهذه اليمين اللغو (صاحبها) وذلك لأن يمين

و من اللغو أن يقول و الله انه لزيد وهو يظنه زيداً وإنما هو عمرو .
والأصل فيه قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن
يؤاخذكم ﴾ ... الآية ٢٢٥ البقرة ، انه علقه بالرجاء

اليمين اللغو لا حكم لها أصلاً لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ٢٢٥ البقرة ، أي لا يؤاخذكم بلغو اليمين يحلفه أحدكم بالظن . وفي الشامل وعن الشافعي اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل ، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله .

وفي التحفة قال الشافعي فيمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصد ، مثل قوله لا والله ، بل والله ، أو كان بغير القرآن ، فجرى على لسانه اليمين . وقال الكاكي وعن محمد يمين اللغو هو قول الرجل لا والله وبلى والله في كلامه ، وهو مروي عن عائشة موقوفاً ومرفوعاً . وعن ابن عباس رضي الله عنه في رواية قال الشافعي وأحمد ومحمد في رواية . وقال الشافعي في رواية مثلها ذكرها صاحب التحفة ، وهو قول محمد في رواية . وعن مالك أن اللغو هو اليمين الغموس ، كذا نقل عن الشافعية . وقال ابراهيم النخعي لغو اليمين أن يحلف ناسياً على ماض أو مستقبل . وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين أن يحلف على معصية ، ويتركها ، فيكون لاغياً ليمينه . وقال سعيد بن جبير لغو اليمين أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل .

(ومن اللغو) أي ومن يمين اللغو (أن يقول الرجل والله انه لزيد ، وهو) أي والحال (يظنه زيداً وإنما هو عمرو) وكذا إذا رأى طائراً من بعد فظنه غراباً فقال و لله إنه غراب فإذا هو حمام (والأصل فيه) أي في اللغو اليمين (قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم ﴾ .. الآية ٢٢٥ البقرة) ﴿ بما عقدتم الأيمان ﴾ وقد مر تفسيره الآن (أنه علقه بالرجاء) أي غير أن محمداً علقه بالرجاء . قال الكاكي هذا جواب عن سؤال مقدر ، ذكره في المبسوط .

فإن قيل ما معنى تعلق محمد بنفي المؤاخذة بالرجاء وعدم المؤاخذة في اللغو منصوص ، وما عزه بالنص فهو مقطوع به . قلنا نعم ، ولكن صورة ملك اليمين مختلف فيها بالرجاء

نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها ، وذلك غير معلوم بالنفي ، مع أنه لم يرد بذلك اللفظ التعليق بالرجاء بل أراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى ، كما روي أنه عليه السلام مر بالمقابر ، فقال السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون. وما ذكر الاستثناء بمعنى المثل ، فإنه كان يتمين بالموت ، قال الله تعالى ﴿ إنك ميت ﴾ الآية ، ولكن معنى الاستثناء مما ذكر من الاختلاف في تفسير اللغو على ما ذكرناه وعلى ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وقال الأترازي قوله ــ الآية ــ علقه بالرجاء ، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال كيف علق القدوري عدم المؤاخذة بالرجاء في قوله فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها ، وعدم المؤاخذة مقطوع بالنص في اللغو ، قال الله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ٢٢٥ البقرة .

فأجاب عنه وقال نعم ، لكن (للاختلاف في تفسيره) أي في تفسير اللغو ، فأورث شبهة ، فلهذا لم يقطع القول بعدم المؤاخذة فيما فسره من اللغو ، وقد اقتدى القدوري بمحمد بن الحسن رحمه الله ، انتهى . قلت هذا كما رأيت فاعل قوله علقه لمحمد بن الحسن على ما ذكر الكاكي ، وعلى ما ذكره الأترازي هو القدوري ، فتأمل أيما صواب . وقال الزجاج في تفسير اللغو يقال لغوت لغواً ولغوت الغى لغواً ، مثل اللغى ، ورحت التكلم بحرث الحو والحي محواً [1] ، ويقال لغيت في الكلام الغى لغواً لغى إذا أتيت بلغو ، أو كل ما لاخير فيه مما يريم فيه اللغى ورقة التكلم ، أو يكون غير محتاج اليه في الكلام فهو لغو ولغا .

قال المعجاج وقال الجوهري لغا يلغو لغواً ، أي قال باطلا . ونباح الكلب لغو أيضاً . ولغي بالكسر لغى والأغية اللغو . وروى الزمخشري عن مجاهد هو الرجاء يحلف على الشيء يرى أنه كذلك ، وليس كما ظن . وروي أن الحسن سئل عن لغو اليمين ، وعند الفرزدق قال يا أبا سعيد دعني أجب عنك ، فقال وليت بمأخوذ بلغو بقوله :

إذا لم تعمد عاقدات العرائم . . . .

(١) هكذا في الأصل .

قال والقاصد في اليمين والناسي سواء ، حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ؛ النكاح والطلاق واليمين .

ذكره في تفسير سورة المائدة . وقال أيضاً في سورة البقرة اللغو الساقط الذي لا يعتد به في كلام وغيره ، ولذلك قيل لما لا يعتد به في الدية من أولاد الإبل لغو . وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله قال علماؤنا اللغو ما يكون خالياً عن فائدة اليمين شرعاً ووصفاً ، فإن فائدة اليمين إظهار الصدق من الخبر ، فاذا أضيف إلى خبر ليس فيه احتمال الصدق كان خالياً عن فائدة اليمين ، وكان لغواً .

(قال) أي القدوري (والقاصد في اليمين والناسي سواء) الناسي هو الذي أراد أن يتكلم بكلام ، فجرى على لسانه اليمين وهو خاطىء حقيقة ، كذا ذكره في التقويم ، وقيل الناسي هو الذى يذهل عن التلفظ باليمين ثم يذكر أنه تلفظ باليمين ناسياً. وفي بعض النسخ ذكر الخاطىء مكان الناسي (حتى تجب الكفارة) بيان نتيجة كون القاصد في اليمين والمكره والناسي سواء ، يعني لا فرق في وجوب الكفارة على هؤلاء جميعاً (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) هذا الحديث ذكره المصنف « رح » ، هكذا وبعض الفقهاء يجعل عوض اليمين العتاق ، ومنهم صاحب الخلاصة والغزالي في الوسيط وغيرهما وكلاهما غريب ، وإنما الحديث النكاح والطلاق والرجعة . أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن عبد الرحمن بن حبيب بن أرك عن عطاء بن أبي رباح عن ابن ماهك عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والرجعة ، انتهى .

وقد غلط النووي الغزالي في تهذيب الأسماء واللغات ، فقال وقد وقع هذا الحديث في الوسيط النكاح والطلاق والعتاق ، وليس بصواب ، وإنما الصواب الرجعة . قلت فيه نظر ، روى الحارث بن أبي أسامة في مسنده حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن عبد

والشافعي «رح» يخالفنا في ذلك، وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى،

الله بن أبي جعفر عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال لا يجوز اللعب في ثلاث ، الطلاق والنكاح والعتاق ، فمن ها هن فقدوحين [1] . وروى الطبراني من حديث فضالة ابن عبيد بلفظ ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتاق . وفيه ابن لهيعة كما مر. وما قيل الكلام أن لفظ الحديث هو الذي رواه أبو داود والترمذي كما مر ومن الترمذي، وصححه الحاكم ، وليس فيه لفظ اليمين ، وشراح الهداية كلهم سكتوا عن هذا غير أن الأترازي قال في شرحه لنا ما روى أصحابنا عن النبي ﷺ أنه قال ثلاث .. إلى آخره، ولو سكت مثل غيره لكان أوجه .

(والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك) أي فيما ذكر من يمين المكره والناسي فانه يقول لا ينعقد بينهما . واحتج بقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. وأجاب أصحابنا عنه بأنه ليس المراد منه حقيقة الخطأ والنسيان والإكراه ، لأنها ليست بمرفوعة حقيقة بدليل وقوعها حساً ، وإنما المراد منه الحكم ، وهو أما حكم الدنيا أو حكم الآخرة ، والأول بدليل وجوب الكفارة والدية في القتل الخطأ ، وهو من أحكام الزنا . وكذا يجب الغسل مما إذا جامع المكره على الزنا يفسد حجه وصومه ، وذلك من أحكام الدنيا ، فتعين الثاني وهو رفع الإثم .

فان قلت لا يثبت الكفر مع الإكراه فينبغي أن لا ينعقد اليمين به كالنوم والجنون ، وأن لا يسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين [2] والمغمي عليه ، لأن النوم والجنون نافيان التكليف بخلاف الإكراه ، ولهذا أباح شرب الخمر للمكره ، ويحرم عليه قتل النفس والزنا، وذلك آية الخطاب .

(وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى) إن أراد به ما يذكره في كتاب الإكراه بقوله – وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ – .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) هنا كلام ناقص من الأصل .

ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط . وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة . ولو كانت الحكمة رفع الذنب

(ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرهاً فهو سواء) يعني إذا حلف لا يفعل شيئاً وكان طائعاً في الحلف ثم فعله وهو مكره أو ناس يحنث وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية . وقال الشافعي في الأصح وأحمد في رواية لا يحنث للحديث المذكور . وهو أنه قد مر ، وكذا عندنا على ما يجيء إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمي عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ، وقد وجد وهو الفعل الحق ، لأنه لا ينعدم بالإكراه .

فان قلت اليمين عقل يقوي بها عدم الحالف على الفعل أو للترك ، وهو من الأفعال الإختيارية ، فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد ، قلت ذلك هو القياس ، وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان .. الحديث، لأنه محتمل ونص اليمين .

(لأن الفعل الحقيقي) الذي يوجد حساً (لا ينعدم بالإكراه ، وهو الشرط) أي وجود الفعل الحقيقي ، وهو الشرط وقد وجد (وكذا إذافعله وهو مغمىعليه أو مجنون) هذا ذكره المصنف تفريعاً لملة القدوري ، لأن قوله ومن فعل المحلوفعليه مكرهاً أوناسياً فهو سواء للفظ القدوري ، يعني إذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليهفي حال الإغماء أو الجنون ، ويجب عليه الكفارة (لتحقق الشرط حقيقة) الشرط هو الحنثوقد تحقق حقيقة فيتحقق الشروط .

(ولو كانت الحكمة رفع الذنب) هذا جواب عما يقال الحكم في شرع الكفارة رفع الذنب ، لأنها ستارة كاسمها ، ولا ذنب للمجنون والمغمي عليه فعلا لعدم الفهم ، فينبغي أن لا يحنث ولا يجب عليها الكفارة . فأجاب بقوله ـ ولو كانت الحكمة ـ أي مشروعية

الكفارة رفع الذنب على تقدير التسليم (فالحكم) أي حكم الكفارة (يـدار على دليله) أي دليل الذنب (وهو الحنث في اليمين لا على حقيقة الذنب) كما في الاستبراء ، فانه يجب على المشتري لوجود دليل الشغل ، وإن لم يوجد حقيقة الشغل .

قال الأكمل ولقائل أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمراً خفياً عن الأصل ، فيدور عليه . وإن لم يتصور المـــدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم ، والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق الظاهر ، فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول .

* * *

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قال واليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف

(باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

أي هذا باب في بيان ما يكون يميناً من الألفاظ وما لا يكون يميناً .

(قال) أي القدوري (واليمين بالله) أي بلفظ الله لقوله عليه السلام من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت ، رواه مالك في الموطأ (أو باسم آخر) أي اليمين باسم آخر (من أسماء الله عز وجل كالرحمن والرحيم) قال الكاكي ثم جميع أسماء الله تعالى في ذلك سواء يفارق الناس الحلف به أو لا ، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي وقوله للحديث المذكور . والحلف بجميع أسمائه حلف بالله . وذكر شمس الأئمة البيهقي في الشامل ، ثم اليمين اسم آخر من أسماء الله تعالى إذا كان إسماً لا يشارك فيه غيره يكون يميناً ، لأنه لا يحتمل غير اليمين . ولو حلف باسم يشارك فيه غيره كالحكم والعزيز إن نوى به يكون يميناً ، وإلا فلا ، لأنه يحتمل وسوى في التحفة بين أن يكون اسماً خاصاً لله تعالى ، أو اسماً يشارك فيه غيره . وقال الأترازي فيه نظر لأنه بالإجمال لا يتعين اسم الله مراداً .

(أو بصفة) أي أو اليمين بصفة (من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف) أي الحلف بصفة من صفاته متعارف المراد بالصفة هي الحقيقة ، وهي المعنى القائم بالذات إسماً لعزة ونحوها لا لصفة ألحق به كقولك مررت

ومعنى اليمين وهو القوة حاصل، لأنه يعتقد بعظمة الله وصفاته، فصلح ذكره حاملاً ومانعاً. قال إلا قوله وعلم الله، فإنه لا يكون يميناً لأنه غير متعارف،

برجل قائم. وقال الأترازي ثم صفاته تعالى إن كانت من صفات الذات يجوز اليمين بها، وإن كانت من صفات الفعل، فلا يجوز اليمين بها. والفاصل بينهما أن كل ما لا يجوز أن يوصف الله بضده فهي من صفات الذات كعزة الله تعالى وجلاله وكبريائه وقدرته إلا العلم، فان اليمين به لا يجوز لجواز إرادة المعلوم، كما قال الله تعالى ﴿ ولا يحيطون بشيء من علمه ﴾ ٢٥٥ البقرة، أي من معلوماته، كذا قال الزمخشري. وكل ما يجوز أن يوصف الله عز وجل بضده، فهي من صفات الفعل كالرحمة والغضب والسخط عليها على ما يجيء الآن.

(ومعنى اليمين وهو القوة حاصل) أي في صفاته التي علق بها عرفاً (لأنه) أي لأن الحالف (يعتقد بعظمة الله وصفاته فصلح ذكره) أي ذكر الحالف اسم الله تعالى وصفاته صلح (حاملاً) على اليمين (ومانعاً عنه) حاصل الكلام أن يقال إن مبنى الأيمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يميناً وإلا فلا، وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر، لأن اليمين إنما يعتقد للحمل أو المنع، وذا إنما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه، وكل مؤمن يعتقد بعظمة الله وصفاته، إذ هو معظم بجميع أسمائه وصفاته، فصارت حرمة ذاته وصفاته حاملاً أو مانعاً على ما قصد الحالف نفياً وإثباتاً.

وفي المبسوط قال مشايخنا العراقيون الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبرياء غير، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب، ولا يكون يميناً، وقالوا ذكر صفات الذات لذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس لذكر الذات، والحلف بالله مشروع دون غيره، وعلى هذا ينبغي أن يكون وعلم الله يميناً، لأنه من صفات الذات ولكنهم تركوا هذا القياس، لأن العلم يذكر ويراد به المعلوم بجميع.

(إلا قوله وعلم الله) وفي بعض النسخ قال، أي القدوري إلا قوله وعلم الله، وهذا مستثنى منقطع من قوله - أو بصفة من صفاته - التي يحلف بها عرفاً (فانه) أي فان الحلف بعلم الله (لا يكون يميناً، لأنه غير متعارف) لأن اليمين بدءاً إذا لم يكن متعارفاً

لأنه يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينا ، أي معلومك

ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً ، وكذا ورحمة الله ،

لأن الحلف بهما غير متعارف ، ولأن الرحمة قد يراد بهـــا أثرها

وهو المطـــر

كان استثناء عن العرف منقطعاً . وقال الشيخ أبو نصر هذا الذي ذكره القدوري استحسان ، والقياس أن يكون يميناً ، وبه قال الشافعي « رح » ، قلت قال الشافعي إذا قال وعلم الله أو قدرة الله تعالي ، ونوى به اليمين أو أطلق فهو يمين . ولو قال أردت المعلوم أو المقدور لم يكن يميناً ، وكذا في خلق الله ورزق الله لم يكن يميناً بلا نية . وقال مالك لا ينعقـد اليمين بصفات الفعل ، وبه قال أحمد في رواية لأنه مشترك ، ومع الإشتراك حرمة له فلا ينعقد اليمين به . وعن أحمد في القدرة مثل قولنا .

(ولأنه) أي ولأن العلم (يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينـا أي معلومك) فان قلت على هذا القدرة فانها تصح بها اليمين مع صحة إرادة المقدور ، وبهذا يقال أنظر إلى قدرة الله تعالى ، قلت لا نسلم لأن المقدور بالموجود خرج أن يكون مقدوراً ، لأن التحصيل محل ، فلم يحتمل إرادة بالحلف . وقيل الموجود معدوم ولا تعارف في الحلف بالمعدوم ، فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القائمة بذات الله تعالى ، بخلاف العـلم إذا أريد به المعلوم ، حيث لا يخرج المعلوم من أن يكون معلوماً بالوجود ، فظهر الفرق بين العلم والقدرة .

(ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً) وكذا إذا قال وعذاب الله أو ثوابـه أو رضاه ، وبه صرح الحاكم في الكافي (وكذا) أي وكذا ليس بيمين إذا قال (ورحمة الله ، لأن الحلف بها) أي بغضب الله وبرحمته (غير متعارف) لأن الأصل أن كل ما يتعارفه العرف يميناً ولم يرد به النهي في الشريعة كان يميناً وكل ما لا يتعارفه العرف يميناً لا يكـون يميناً (ولأن الرحمة قد) يذكر (يراد بها أثرها وهو المطر) قيل هذا منقوض بقدرة الله تعالى فإنه يقال أنظر إلى قدرة الله تعالى ، والمراد أثره ، وإلا لكان بمعنى المقدور تكون

أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة . ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة ، لقوله عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر . وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف

القدرة غير مترتبة يكون كالعلم ، ومع ذلك يحلف بها (أو الجنة) أي يذكر الرحمة ويراد بها الجنة ، قال الله عز وجل ﴿ففي رحمة الله هم فيها خالدون﴾ .

(والغضب) مبتدأ (والسخط) عطف عليه وقوله (يراد بهما العقوبة) خبر المبتدأ ، ولو قال وأمانة الله يكون يميناً ، لأن معناه والله يمين ، وانه من صفات ذاته ، كذا في الشامل وهذا الخلاف ما ذكره صاحب التحفة عن الطحاوي أنه لا يكون يميناً ، وإن نوى بخلاف ما روي عن أبي يوسف أنه لا يكون يميناً ، وهو الاصح لما روي عن زيد قال قال رسول الله ﷺ من حلف بالأمانة فليس منا ، وهو الأصح .

(ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة) أي قال والنبي لا أفعل هذا والكعبة كذلك (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ أدركه في ركب وهو يحلف بأبيه ، فقال إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليسكت ، ولفظ الصحيحين أو ليصمت وقال مخرج الأحاديث عجب من الشيخ زكي الدين كيف عزاه للنسائي وترك الترمذي والنسائي لم يذكر ، وذكره برمته .

(وكذا إذا حلف بالقرآن) لا يكون يميناً (لأنه غير متعارف) لأنه يراد به المقدور هو غير الله تعالى . وقال الشافعي ظني ليس ينبغي أن يحلف رجل بتوريته من كتاب الله تعالى ولا بالقرآن ولا بالكعبة ولا بالصلاة ولا بالصيام ولا شيء من طاعات الله عز وجل . قال الأترازي أنه لو حلف فقال والصلاة لا أفعل ، كذا كان قد حلف بغير الله تعالى . وقال أبو يوسف إن قال والرحمن لا أفعل كذا ، وعني به سورة الرحمن لا حنث عليه ، كذا ذكره الناطفي في الأجناس . وكذلك لو قال والرسول والنبي والمسجد الحرام وبيت

قال « رض » معناه أن يقول والنبي والقرآن، أما لو قال أنا بريء منهما يكون يميناً ، لأن التبري منهما كفر .

الله لا يكون يميناً ، كذا في شرح الطحاوي ، وقال الكافي وما اعتاده الناس من الحلف مجاز تووسرتوا[1] .

فإن اعتقد أنه حلف وأن البر به واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع . وفي التتمة قال علي الرازي أخاف على من قال بحياتي وحياتي وما أشبه ذلك أنه يكفر ، ولولا أن العامة يقولون ولا يعلمونه ، لعله أنه شرك ، لأنه لا يمين إلا بالله ،فاذا حلف بغير الله فكأنه أشرك معه غيره . وقال ابن مسعود لأن الحلف بالله كاذباً أحب إلي من أن أحلف بغير الله صادقاً ، ثم الحلف بالكعبة والنبي والقرآن والعرش والكرسي وما أشبه ذلك لا ينعقد عند الجمهور . وعن أحمد ينعقد اليمين بالحلف بالنبي عليه السلام في رواية وعن ابن عمر أنه عليه السلام قال من حلف بغير الله فقد أشرك ، رواه الترمذي وقال حديث حسن .

فان قيل إن الله تعالى أقسم بغير ذاته وصفاته لقوله والشمس والليل والضحى ونحو ذلك كثير في القرآن قلنا لله تعالى ولاية الإيجاد والأمر والنهي والتعظيم والتحقير ، وله أن يثبت الحرمة لمن شاء . وليس للعبد ذلك بل عليه أن ينتهي عما نهاه الله تعالى عنه. وقد نهى الله تعالى أن يحلف بغيره .

(قال « رض » معناه) أي قال المصنف معنى قول الحالف بالقرآن أو بالنبي (أن يقول والنبي والقرآن) لا أفعل كذا (أما لو قال أنا بريء من النبي أو من القرآن يكون يميناً ، لأن التبري منهما) أي من النبي والقرآن (كفر)وكذا إذا قال هو بريء من الصلاة والصوم يكون يميناً عندنا ، خلافاً للشافعي ، وكذا إذا قال هو بريء من الإسلام إن فعل كذا ، خلافاً للشافعي ، وعليه نص في شرح الطحاوي . وقال في النوازل إن قال والكتب الأربعة فليس هذا يمين ، وإن قال هو أنا بريء من الكتب الأربعة فعليه كفارة يمين واحدة وإن قال أنا بريء من التوراة ، وبريء من الإنجيل ، وبريء من الزبور ، وبريء من القرآن

---

(١) هكذا الجملة في الأصل وربما هي – توارثوه – .

قال والحلف بحروف القسم، وحروف القسم الواو كقوله والله، والباء كقوله بالله . والتاء كقوله تالله ،

وجبت عليه أربع كفارات . وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال بحرمته شهد الله ولا إله إلا الله لا يكون يميناً .

وقال في فتاوى الولوالجي رجل رفع كتاباً من كتب الفقه أو دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم وقال أنا بريء مما فيه إن دخلت ، فدخل تلزمه الكفارة، لأنه يمين بالله تعالى . ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يميناً ، لأن المصحف جلد وأوراق . ولو قال أنا بريء مما في المصحف يكون يميناً ، لأن ما في المصحف قرآن . ولو قال أنا بريء من الحجة التي حججت أو من الصلاة التي صليت فليس بيمين ، بخلاف ما لو قال أنا بريء من القرآن الذي تعلمته فانه يمين ، ولو قال أنا بريء من شهر رمضان وأراد به البراءة من فرضيته فهو يمين ، ولو أراد به البراءة عن آخرها لا يكون يميناً ، وإن لم يكن له نية لا يكون يميناً .

(قال) أي القدوري (والحلف بحروف القسم) أي الحلف يكون بحروف القسم (وحروف القسم) ثلاثة ، أحدها (الواو ، كقوله والله ، والباء) أى الثاني حرف الباء (كقوله بالله والتاء) الثالث حرف التاء (كقوله تالله) الأصل فيها الباء الموحدة ، لأنها للالصاق ، وهي تضيف الحلف إلى المحلوف به في قولك أحلف بالله ، ثم يحذف الفعل تخفيفاً ، ويكتفي بحرف القسم ويبدل منها الواو ، والمناسبة بينهما لأن وضعها للجمع ، وفي الجمع معنى الإلصاق ، ثم يبدل من الواو التاء لمناسبة بينهما ، لأنهما من حروف الزوائد كما في تراث أصله وراث ، وحجة أصلها وحمة [1] وبما كانت الباء أصلاً دخلت في إسم الله وغيره في المظهر لما كانت بدلاً ، والمضمر والواو معاً البدل انحطت بدرجة حيث لم يدخل في المظهر والمضمر جميعاً انحطت بدرجة ، حيث دخلت في المظهر دون المضمر ، والتاء لما كانت بدلاً على اسم الله تعالى وحده . وقال عبد القادر حكاه أبو الحسن من قولهم ترى فشاذ لا يؤخذ به .

---

(١) هكذا في الأصل .

لأن كل ذلـــك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن وقد تضمر الحروف ، فيكون حالفاً كقوله الله لأفعل كـــذا ، لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً. ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض. وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف .

(لأن كل ذلك) أي المذكور من الحروف (معهود في الأيمان) التي تستعمل بين الناس (ومذكور في القرآن) كقوله تعالى ﴿ بالله إن الشرك لظلم عظيم ﴾ ١٣ لقمان ، وكقوله تعالى ﴿ والله ربنا ما كنا مشركين ﴾ ٢٣ الأنعام ، وكقوله تعالى ﴿ وقال تالله لأكيدن أصنامكم ﴾ ٥٧ الأنبياء .

(وقد تضمر حروف القسم ، فيكون حالفاً ، كقوله الله لأفعل كذا) فان حرف القسم أضمر في قوله الله لأفعل كـذا ، فان أصله لا أفعل كذا ، أو أراد بقوله فيكون حالفاً ان إضمار حرف القسم وإظهاره سواء في تحقق اليمين ، ثم أشار إلى وجه الإضمار بقوله (لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً) أي لإيجاز ، أي الإختصار ، لأنـه مطلوب في كلامهم ، ثم أن المصنف ذكر لفظ الإضمار في الرواية وذكر لفظ الحذف في التعليل بطريق المسامحة لما أن بين الإضمار والحذف فرقاً ، فان في الضمير ما يبقى أثره نحو قوله ﴿ انتهوا خيراً لكم ﴾ ١٧١ النساء ، أي يكون الإنتهاء خيراً لكم ، والمحذوف ما لا يبقى أثره نحو قوله ﴿ واسأل القرية ﴾ ٨٢ يوسف .

(ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض) أراد بهذا إلى بيان الخلاف في وجه النصب والخفض في لفظ القسم به بعد حرف القسم ، فقيل ينصب ، وهو قول البصريين ، وعلل وجه النصب بقوله لانتزاع حرف خافض ، وهو حرف القسم ، لأن الأصل الله لا أفعل ، كذا والله لا أفعل كذا ، فلما حذفت الواو وانتصب بنزع الخافض (وقيل يخفض) وهو قول الكوفيين ، هذا ذكره في المبسوط (فتكون الكسرة دالة على المحذوف) أي الكسرة التي على المحلوف به والمحذوف هو حرف القسم قال الكاكي تعليله النصب بانتزاع الخافض والجر بدلالة الكسرة عليه غير مستقيم عند أهل النحو ، لما أن انتصابه على أنه عند حذف

وكذا إذا قال لله في المختار، لأن الباء تبدل بها، قال الله تعـــالى
﴿آمنتم له﴾ ٧١ طه، أي آمنتم به.

حرف لاتصال فعل أحلف بالمحلوف به، إلا أن تأويل قوله لانتزاع الخافض، أي بسبب انتزاع الخافض يصل أحلف بالمحلوف به، وكذا الجر لإضمار حرف الجر، والعامل يعمل عمله عند الإضمار، بخلاف الحذف كما ذكرنا، إلا أن يؤول ويقول المراد بالمحذوف المضمر تسامحاً. وقال الأكمل هذه وظيفة نحوية في الأصل والأصول يبحث عنهـــا من حيث البساط المزيل الفقهية منها والواصل إلى حد الإشتغال بكتاب الهداية لا يدون، وأن يكون قد وقف على ذلك ورآه.

(وكذا إذا قال لله[1]) يعني وكذا يكون يميناً إذا قال لله علي أن لا أكلم فلاناً (في المختار) إنما قال في المختار احترازاً عما روي عن أبي حنيفة أنه قال لو قال لله علي أن لا أكلم فلاناً ليست بيمين الا أن ينوى، لأن الصيغة النظر، ويحتمل معنى اليمين، ذكره الولوالجي في فتاواه (لأن الباء تبدل بها) أى باللام (قال الله تعالى ﴿آمنتم له﴾ ٧١ طه أى آمنتم به) فانهما يتعاقبان. وقال ابن عباس رضي الله عنهما دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج به.

وفي فتاوى قاضي خان قال بالله لأفعلن كذا وسكن الهاء أو رفعها أو نصبها يكون يميناً، لأن ذكر اسم الله عز وجل والخطأ في الإعراب لا يمنع صحـة القسم لا في عرف الاستعمال ولا في عرف الشرط، لما روي في الحديث وكأنـــه والله ما أردت بالرفع، ويروى بالجر وعليه الجمهور. وعن آله من أصحاب الشافعي وأحمد في رواية أنه لو قال بالرفع لا يكون يميناً إلا بالنية، لأنه لم يأت بالموضوع ولا قصده. ويحتمل ابتـــداء الفعال والكلام، ويحتمل اليمين، فلا يكون يميناً إلا بالنية، وعليـه جمع من أصحاب الشافعي. وفي المحيط إذا قال بالله لا يكون يمينـــاً إلا إذا نوى. يعني إذا قال بكسر اللام ويكون اليها.

---

(١) في المتن – قال لله – وفي الشرح – قال الله –، اهـ مصححه.

وقال أبو حنيفة « رح » إذا قال وحق الله فليس بحالف ، وهو قول محمد « رح » وإحدى الروايتين عن أبي يوسف «رح». وعنه في رواية أخرى أنه يكون يميناً ، لأن الحق من صفات الله تعالى ، وهو حقيقته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف . ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حالفاً بغير الله . قالوا لو قال والحق يكون يميناً . ولو قال حقاً لا يكون يميناً لأن الحق من أسماء الله تعالى، والمنكر يراد به تحقيق الوعد.

(وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا قال وحق الله فليس بحالف) يعني لا يكون يميناً (وهو قول محمد « رح » وإحدى الروايتين عن أبي يوسف « رح » وعنه) أى وعن أبي يوسف (في رواية أخرى أنه يكون يميناً) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد (لأن الحق من صفات الله وهو حقيقته) أى كونه حقاً (فصار) الحالف (كأنه قال والله الحق ، والحلف به متعارف) لأن الحق من أسماء الله تعالى ، ولهذا ذكر في عدد أسماء الله. وقال الله تعالى ﴿ ويعلمون أن الله هو الحق المبين ﴾ ٢٥ النور .

(ولهما) أى ولأبي حنيفه ومحمد (أنه يراد به) أى بالحق (طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حالفاً بغير الله) والحلف بالعبادات لا يجوز (قالوا) أى أصحابنا كلهم قالوا (لو قال والحق) معرف حيث (يكون يميناً) بالإجماع (ولو قال حقاً لا يكون يميناً) ذكره بسبيل التفريع لما قبله (لأن الحق المعرف من أسماء الله تعالى ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد به الفرق بين الحق وحقاً بأن الفرق إسم من أسماء الله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم ﴾ ٧١ المؤمنون ، والحلف به متعارف ، فيكون يميناً .

وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر ، فكأنه قال إفعل هذا الفعل لا محالة ، وليس فيه معنى الحلف فضلاً عن اليمين . وقال الفقيه أبو الليث في النوازل قال أبو نصر

ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله ، أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف ، لأن هذه الفاظ مستعملة في الحلف ،

البلخي بحق الله يكون يميناً ، لأن الناس يحلفون به . ولو قال حقاً لا يكون يميناً ، وهو بمنزلة قوله صدقاً ، وهو قول محمد بن سلمة . وقال الحسنة بن أبي مطيع حق يمين لقوله تعالى ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم ﴾ ٧١ المؤمنون ، فالحق هو الله تعالى ، فصار كأنه قال والله لا أفعل كذا . وقال أبو نصر لو قال والحق لا أفعل كذا إن نوى به اسم الله تعالى فهو يمين ، وإن لم يرد به اسم الله لا يكون يميناً . وقال الأترازي لنا نظر في قوله – بحق الله يكون يميناً – لأن الإضافة تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف اليه ، فيكون الحق إذن لغير الله تعالى ، انتهى . أراد به قول أبي نصر البلخي المذكور . قلت الإضافة التي تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف إليه إذا كانت الإضافة بمعنى اللام ، كما في غلام زيد ، وهنا يحتمل أن تكون الإضافة بمعنى من كما في خاتم فضة ، وهذا لا يخفى على المتأمل .

(ولو قال أقسم أو أقسم بالله ، أو أحلف أو أحلف بالله ، أو أشهد أو أشهد بالله ، فهو حالف) وكذا لو قال أعزم أو أعزم بالله . وقال زفر إذا لم يقل بالله في هذا القول لا يكون يميناً ، وبه قال الشافعي « رح » نوى أو لم ينو . وقال مالك إذا نوى اليمين بقوله أقسم بالله إلى آخره يكون يميناً . وإذا أطلق فلا . وعن أحمد إذا لم يقل بالله فهو يمين أيضاً في رواية . وفي رواية كمذهبنا ، سواء نوى اليمين أو لا . وفي رواية لا بد من ذكر الله .

(لأن هذه الألفاظ) أي أقسم وأخواته (مستعملة في الحلف) أما الأول فلقوله عز وجل ﴿ إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ﴾ ١٧ القلم ، وأما الثاني فلقوله تعالى ﴿ يحلفون بالله ﴾ ١٢ النساء ، وأما الثالث فلقوله تعالى ﴿ نشهد إنك لرسول الله ﴾ ١ المنافقون ، ثم قال بعد ذلك ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ ثم قولهم ﴿ نشهد إنك لرسول الله ﴾ يميناً ، وهم لم يقولوا نشهد ، والعزم عبارة عن قصد التبليغ الذي ينتهي اليه قصد

وهذه الصيغة للحال حقيقة ، وتستعمل للاستقبال لقرينة فجعل حالفاً في الحال والشهادة يمين ، قال الله تعالى ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾ ثم قال ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ المنافقون ،

العازم ، فكان يميناً ، لأنه تصريح لمعناه (وهذه الصيغة) أي صيغة أقسم (للحال حقيقة) بمنزلة اخترت ، وكذا قول الموحد أشهد وقول الشاهد عند القاضي أشهد للحال .

(وتستعمل للاستقبال بقرينة) سوف والسين (فجعل حالفاً) حقيقة عند الفقهاء ، كذا في الشرع في جعل قول المرأة اختار نفسي عند التخيير (في الحال) عند ذكر لفظ من الألفاظ المذكورة .

فإن قيل اليمين ما كان حاملاً ومانعاً على فعل أو ترك ، وعند الترك البر موجباً للكفارة ، فقوله أقسم لا يكون من البر موجباً مجرداً ، لأنه لم ينعقد على فعل شيء أو تركه ، وكيف يكون يميناً ، ولأن الكفارة ساترة لذنب هتك حرمة اسم الله ، وليس في أقسم مجرد هتك حرمة اسم الله ، فكيف يكون موجباً للكفارة ، لأن صيغة فعل المضارع كما يكون للحال يكون للاستقبال ، فلا تجب الكفارة بالشك خصوصاً في حق الكفارة فإنها تلحقه بالحدود ، ولهذا تداخلت . قلنا قوله أقسم للحال حقيقة كما قال المصنف ، فكان بمنزلة قوله علي يمين أو يمين الله ، والإقرار باليمين يمين موجباً للكفارة ، ذكره في الذخيرة والبيهقي .

(والشهادة يمين) يعني إذا قال أشهد فإنه يمين ، واستدل عليه بقوله (قال الله تعالى ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾) هذا إخبار عن قول المنافقين إذ جاؤوا إلى النبي ﷺ قالوا أنشهد إنك لرسول الله فهذا يمين منهم يدل عليه ما حكى عنهم بقوله ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ فأخبر الله تعالى أن قولهم نشهد إنك لرسول الله يمين منهم ، وأشار اليه المصنف بقوله (ثم قال) أي ثم قال الله (﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ المنافقون) قصدوا الجنة الوقاية . وفي تفسير الشهادة تجري مجرى اليمين فيما يراد به من التوكيد ، يقول الرجل أشهد في موضع أقسم ، وبه شهد أبو حنيفة على أن أشهد يمين .

والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور ، فصرف اليه ، ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية ، وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله . ولو قال بالفارسية سوكند مي خورم بخداي ، يكون يميناً ، لأنه للحال . ولو قال — سوكند خورم — قيل لا يكون يميناً .

(والحلف بالله هو المعهود المشروع) قال تاج الشريعة رحمه الله هذا جواب من يقول إن قوله — أحلف — ينبغي أن لا يكون يميناً ، لجواز أن يكون حالفاً بغير الله تعالى الحلف بالله هو المعهود المشروع ، أي المعهود من الناس والمنصوص عليه في الشريعة ، لقوله عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر (وبغيره محظور) أي حلف بغير الله حرام ممنوع (فصرف اليه) إلى قوله — أحلف — ينصرف إلى الحلف بالله ، لأن الظاهر من حال المسلم الإتيان بالمشروع دون غيره .

(ولهذا) أي ولأجل أن الحلف بالله هو المعهود المشروع ، وبغيره محظور (قيل لا يحتاج إلى النية) في قوله — أحلف — أو — أشهد — او — أقسم — يكون يميناً صرفاً إلى ما هو المعهود في الشرع ، وعليه صاحب التحفة (وقيل لا بد منها) أي من النية (لاحتمال العدة) أي الوعد ، لأن اللفظ يحتمله ، والعدة أصله الوعد ، فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوض عنها التاء (واليمين بغير الله) بجر اليمين عطفاً على العدة ، ولاحتمال اليمين بغير الله ، فلا يتعين اليمين بالله إلا بالنية ، وإليه ذهب أبو نصر الأقطع .

(ولو قال بالفارسية — سوكند مي خورم بخداي — يكون يميناً ، لأنه) أي لأن هذا اللفظ (للحال) فيصح اليمين ، لأن معناه بالعربي الحلف بالله ، وصيغة أحلف للحال ، فينعقد اليمين و — سوكند — بفتح السين وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون وبالدال المهملة ، ومعناه اليمين . و — مي خورم — بكسر الميم وسكون الياء وضم الخاء المعجمة وفتح الراء المهملة وسكون الميم ، معناه أحلف . و — بخد — بفتح الباء الموحدة وضم الخاء المعجمة وفتح الدال المهملة المقصورة ، ومعناه بالله .

(ولو قال — سوكند خورم — قيل لا يكون يميناً) لأنه بغير لفظ — مي — قيل لفظ

ولو قال بالفارسية ــ سوكند خورم بطلاق زنم ــ لا يكون يميناً لعدم التعارف، قال « رض » وكذا قوله لعمر الله وأيم الله لأن عمر الله بقاء الله ، وأيم الله معناه أيمن الله ، وهو جمع يمين .

ــ خورم ــ يكون للاستقبال ، فلا يكون يميناً . وقيل لا فرق بين اللفظين في أنه يكون يميناً . ولو قال ــ سوكند خورده ــ إن كان صادقاً يكون يميناً ، وإن كان كاذباً فلا شيء عليه (ولو قال بالفارسية ــ سوكند خورم بطلاق زنم ــ لا يكون يميناً لعدم التعارف) بينهم في كونه يميناً ، والباقي ــ بطلاق ــ مفتوحة مضاف إلى ــ زنم ــ بفتح الزاء والنون وسكون الميم ، ومعناه أحلف بطلاق امرأتي لا أفعل كذا لا يكون يميناً ، لأنه ليس بتعارف عندهم . ومعنى ــ زنم ــ امرأتي . و ــ زن ــ اسم المرأة ، وزيد فيه الميم الساكنة ليدل على معنى امرأتي ، والميم بمعنى ياء المتكلم ، ولم أجد من الشراح من تكلم في هذا الموضوع ولا ذكر ما ذكره المصنف ، مع أنهم أهل اللسان . غير أن الكاكي ذكر مثل ما ذكر المصنف ولم يضبط شيئاً من ذلك ولا تسر النظامة بالعربي والعبد الضعيف ، تكلم فيه كما ينبغي مع كوني دخيلا في هذا اللسان .

(قال) أي المصنف (وكذا قوله لعمر الله ، وأيم الله) هذا عطف على أصل المسألة، وهو قوله أقسم إلى آخره ، أي وكذا يكون يميناً هذان اللفظان ، أما قوله ــ لعمر الله ــ فقوله تعالى ﴿ لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون ﴾ ٧٢ الحجر ، والعمر بفتح العين وضمها البقاء ، إلا أن الضم لم يستعمل في القسم ، وأشار المصنف إلى معناه أن البقاء بقوله (لأن عمر الله بقاء الله) والبقاء من صفات الذات فجاز الحلف به مكان قال والله الباقي وأيم الله ، فقد جاء في لفظ النبي ﷺ في حديث رواه البخاري عن ابن عمر قال بعث رسول الله ﷺ بعث ... الحديث ، وفيه وايم الله إنه كان عليهم أمامة بن زيد للامارة ، الحديث .

(وأيم الله معناه أيمن الله ، وهو جمع يمين) وهو مذهب أهل الكوفة ، فكان التقدير وأيمن الله فيمين ، كأنه قال حلفت بالله ، فيكون يميناً ، وبه قال أحمد والشافعي

وقيل معناه والله وأيم صلة كالواو ، والحلف باللفظين متعـــارف ،
وكذا قوله وعهد الله وميثاقه ، لأن العهــــد يمين ، قال الله تعالى
﴿ وأوفوا بعهد الله ﴾ ٩١ النحل . والميثاق عبارة عن العهد ، وكذا
إذا قال علي نذر ، أو نذر الله ، لقوله عليه السلام من نذر نذراً ولم
يسم فعليه كفارة يمين

في وجه لا يكون يميناً بدون النية (وقيل معناه والله ، وأيم صلة) أي من صلات القسم من الله (كالواو) أي في وأيم الله ، وهذا عند البصريين ، قال الأكمل معناه والله ، وكلمة أيم صلة أي كلمة مستقلة كالواو ، وفيـــه تأمل . وقال الزمخشري حذف نون أيم وحذف همزته عند الدرج في التحقق في القسم .

(والحلف باللفظين) وهما عمر الله وأيم الله (متعارف) عند العرب استعملتهـــما في القسم والحلف باللفظين ، وهما عمر الله وأيم الله متعارف ، يعني أن العرب استعملتهـما في القسم ولم يرد النهي عنه ، وهما مشهوران لغة وعرفاً وشرعاً (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) أي وكذا يمين قوله الحلف بعهد الله وميثاقه وبه قال مالك وأحمد والشافعي لا يكون يميناً بغير النية (لأن العهد يمين، قال الله تعالى ﴿ وأوفوا بعهد الله ﴾ ٩١ النحل) ﴿ إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾ وقد جعل الله عهد الله في القرآن يميناً كما ترى (والميثاق عبارة عن العهد) يعني في معناه ، فإذا حلف بميثاق الله يكون يميناً كما في عهد الله ، وكذا إذا حلف بذمة الله لا يكون يميناً كذا في الأصل ، والذمة العهد كذا في الفائق ، فعلى هذا يكون ذمة الله يميناً لعهد الله لأنه في معناه .

(وكذا) أي وكذا يكون يميناً (إذا قال علي نذر أو نذر الله لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس أن رسول الله عليه السلام قال من نذر .. الحديث . وروى الترمذي عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ كفارة النذر إذا لم يسم كفـارة يمين . وقال الحاكم في كافيه وإن حلف بالنذر فإن نوى شيئاً من حج أو عمرة فعليه ما نوى ، وإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين .

وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً ، لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الإمتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه بغيره يجعله يميناً كما نقول في تحريم الحلال،

وها هنا أربع مسائل :

الأول ز إن نذر نذراً مطلقاً فهو يمين كما ذكره في الكتب .

الثانية : أن يقول لله علي نذر صوم كذا ، فعليه الوفاء بما نذر .

الثالثة : أن يعلق نذراً بشرط إذا قال إذا جاء فلان وإذا شفي الله مريضي فعلي صوم يوم كذا ، فعليه الوفاء بما سمى .

الرابعة : أن يقول علي نذر أن لا أفعل كذا ، فهو ينعقد يميناً ويوجبه موجب اليمين.

وللشافعي ثلاثة أقوال في هذه المسألة في قول يمين في قول يتخير بين الوفاء بالنذر والكفارة ، وبه قال أحمد وفي قول يجب البقاء بما سمى .

(وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً ، لأنه) أي لأن هذا القائل (لما جعل الشرط علماً على الكفر) أي بما جعل ذلك الشيء الذي حلف عليه علماً ، أي علامة على الكفر يعني شرطاً له (فقد اعتقده واجب الإمتناع) أي فقد اعتقد المحلوف عليه واجب الإمتناع هتك حرمة اسم الله ، فصار يميناً ، فكأنه قال حرمت علي نفسي ما حلفت عليه (وقد أمكن القول بوجوبه بغيره يجعله يميناً) أي بوجوب الإمتناع بغير الشرط ، وهو اليمين . وقال تاج الشريعة قوله بوجوبه بغير الله ، وهو مباشرة الفعل الذي يحصل به النصرانية أو اليهودية يعني أنه اعتقد فعل كذا يصير نصرانياً فيجب الإمتناع من ذلك الفعل .

(كما نقول في تحريم الحلال) بأن قال كل حل علي حرام ، فإنه يكون يميناً . فإن قلت يشكل إذا قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله حيث لا يجعل يميناً ، وإن جعل علماً على غضب الله الذي هو أحب الإمتناع . قلت الغضب قد يتحقق بارتكاب محظور فهو من فروع اليمين ، وبه لا يصير حالفاً ، لأنه حرمة تلك الأشياء مما يحتمل الفسخ والتبديل،

ولو قال ذلك الشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل ، وقيل يكفر ، لأنه تنجيز معنى كما إذا قال هو يهودي ، والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين ، فان كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما ، لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل . ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على

فلا يكون في معنى حرمة اسم الله ، بخلاف حرمة الكفر، لأنه لا يحتمل الفسخ والتبديل (ولو قال ذلك) أي قوله إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر (بشيء قد فعله) في الماضي كاذباً قصداً (فهو الغموس) أي اليمين الغموس لا كفارة فيها عندنا ، ولكن هل يكفر أم لا فيه اختلاف المشايخ .

(ولا يكفر) وروي ذلك عن أبي عبد الله البلخي ، فإنه قال لا يكفر ، وكذا روي عن أبي يوسف (اعتباراً بالمستقبل) أي اعتبار الماضي بالمستقبل ، لأن الكفر بالاعتقاد وهو لم يقصد الكفر ، وإنما قصد بأن يصدق في مقابلته (وقيل يكفر) قاله محمد ابن مقاتل الرازي كذا في شرح الطحاوي (لأنه) أي لأن ذلك القول في الماضي (تنجيز معنى) وإن كان تعليقاً صورة ، لأن عينه بما هو موجود وتعليق بشيء كائن يتنجز ، فكأنه قال هو كافر لأن كلامه خرج مخرج التحقيق فيكفر به .

(كما إذا قال هو يهودي) لأنه صريح بالكفر (والصحيح أنه لا يكفر فيهما) أي في الماضي والمستقبل (إن كان يعلم أنه يمين ، فإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما) أي في الماضي والمستقبل (لأنه رضي بالكفر ، حيث أقدم على الفعل) لأنه بالإقدام صار مختار الكفر ، واختيار الكفر كفر . وفي المحيط لو قال إن فعلت كذا فاشهدوا علي بالنصرانية فهو يمين .

(ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على

نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ، ولانـــه غير متعارف ، وكـــذا إذا قال إن فعلت كـــذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل الربا ، لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكنْ في معنى حرمة الإسم ،

نفسه . ولا يتعلق ذلك بالشرط) لأن الشرط ما له أثر من وجود الجزاء عنـــد وجوده لتعلقه به ، ولا أثر لوجود الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط مع وجود المعصية في عدم الغضب ، فعلم أن الغضب من سيئات المعصية لا من سيئات التعليق . وكـــذا لا أثر في وجود هذه الأفعال ،لأن وجودها بأسباب أخر (ولأنه غير متعارف) أي ولأن قوله إن فعلت فعلي غضب الله أو سخطه غير متعارف باليمين . وقال الحاكم لو دعى على نفسه باللعنة أو الموت أو عذاب النار لا يكون يميناً ، وكذا إذا قال هو يأكل الميتة أو يستحـــل الدم أو لحم الخنزير أو بترك الصلاة أو الزكاة إن فعـــل كذا لا يكون يمينـــاً ، لأن ذلك وعد لا إلزام شيء .

(وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل الربا) يعني لا يكون يميناً بهذه الألفاظ (لأن حرمة هذه الأشياء) أي حرمة الزنا والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا (يحتمل النسخ والتبديل) أما الزنا والسرقة فلا يحتملان النسخ . ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا ، وذلك العين المقصود بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالاً بوجه النكاح وملك اليمين ، فسمي احتمالاً فقلا بهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الزنا نسخـــاً وتبديلاً ، إذ المراد بالنسخ الرفع ، وبالتبديل التعبير . وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ ، وهذا كان الخمس حلالاً ثم نسخ ، والربا يحتمل النسخ من نفسها ، وإن لم يرد النسخ في حقه ، ولهذا كان صباحاً في دار الحرب ، ولأنه لا يكون زانياً أو سارقاً أو شارب خمر أو آكل ربا بمجرد قوله - أو زان أو سارق - فيما بينه وبين الله تعالى بدون اتصال الفعل بالحالف ، بخلاف قوله أنا يهودي أو نصراني .

(فلم يكن في معنى حرمة الإسم) أي فلم يكن في معنى حرمة هتك اسم الله تعالى ،

لأن حرمة اسم الله تعالى لا يحتمل النسخ أصلاً لقيام دليل حد الزانية وهو حد العالم وليس كذلك الأشياء المذكورة لما ذكرنا (ولأنه ليس بمتعارف) أي لأن الحلف بهذه الأشياء ليس بمتعارف ، وهذا هو الصحيح في التعليل ، ولا خلاف للأئمة الأربعة في هذه المسائل .

فروع : لو قال إني عبدك أشهدك وأشهد ملائكتك إني لا أدخل دار فلان فليس بيمين. ولو قال إن فعلت كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة فهي يمين واحدة . ولو قال أنا بريء من الإنجيل ، وبريء من التوراة ، وبريء من الزبور ، وبريء من الفرقان ، فهذه أربعة أيمان . وكذا لو قال بريء من الله ، وبريء من رسول الله ، والله ورسوله بريئان منه فهو أربعة أيمان . لو قال بريء من الله ورسوله فيمين واحدة . ولو قال والله والرحمن يكون يمينين إلا أن يذكر الأول . وروى الحسن عن أبي حنيفة وبه قال زفر يكون يميناً واحدة وإن دخل بينهما حرف العطف . ولو قال والله فهو يمين ، ولو قال والله والله يكون يميناً واحدة استحساناً .

وفي المنتقى لو قال والله والله ، أو قال والله ثم والله لا أفعل كذا ، وإن فعلت كذا فهو يمين واحدة استحساناً . وفي القياس يمينان وبه نأخذ . وعن أبي يوسف إذا قال والله لا أكلمك فيهما يمينان . وروى الحسن إن نوى بالثاني الخبر عن الأول يصدق ديانة . ولو قال والله لا أكلمك ولو قال والله لا أكلم فلاناً يوماً ، والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة ، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلمه بعد يوم فعليه يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه .

(فصل في الكفارة)

أي هذا فصل في بيان الكفارة . ولما فرغ من بيان الموجب بكسر الجيم وهو الحنث شرع في بيان الموجب بالفتح وهو الكفارة ، لأنها موجبة عند الحنث ، فإن اليمين سبب

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزىء فيهاما يجزىء في الظهار ، وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة ، وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار ،

الكفارة بطريق الإنقلاب . وقال بعض أصحاب الشافعي اليمين سبب عند الحنث كملك النصاب عند تمام الحول . وقال عامة أصحابه السبب اليمين والحنث جميعاً لأنه لو كان مجرد اليمين سبب لوجبت الكفارة . وإن لم يوجد الحنث لكن يلزم عليهم أن لا يجوز الكفارة ، قبل الحنث لعدم السبب قبله ، ولهذا اختار صاحب الوجيز الأول .

(قال) أي القدوري (و كفارة اليمين عتق رقبة يجزىء فيهاما يجزىء في الظهار) بعين الرقبة المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغير والكبير إن الله عز وجل أطلق الرقبة في الموضعين ولم يقيد فجاز هنا ما جاز ثمة ولا تجزىء العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين والمقطوعة يده ورجله من جانب الواحد ، بخلاف العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وأحد الرجلين . وفي الأصم اختلاف المشايخ الأصح الجواز إذا صح سمى .

(وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً) علم أن الواجب على الغني أحد الأشياء الثلاثة وهي عتق رقبة و كسوة عشرة مساكين وطعام عشرة منهم ، ويتمين ذلك باختيار العبد ، لأن كلمة أو في الآية للتخيير وهو مذهب عامة الفقهاء والمتكلمين . وقال بعضهم أحدها واجب غنياً عند الله تعالى ، وإن كان مجهولاً عند العباد والله تعالى يعلم أن العبد يختار ما هو الواجب عنده عز وجل . وقالت المعتزلة الواجب الكل على البدل على معنى أنه لا يجب تحصيل الكل ، ولا يجوز ترك الكل ، وإذا أتى بواحد كفى ، ثم أن الكسوة إذا اختار الكسوة غير عشرة مساكين لكل مسكين ثوباً وإزاراً ورداء وقميصاً أو كيساً أو جبة أو ملحفة ، لأن لابس هذه الأشياء يسمى مكتسباً فيجزىء كل واحد.

(فما زاد) أي فما زاد على الثوب (وأدناه) أي أدنى الثوب (ما يجوز فيه الصلاة) لأن ليس ما لا يجوز فيه الصلاة لا يسمى لابساً (وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار) يعني لكل واحد من عشرة مساكين صاعاً من تمر أو شعير أو نصف

والاصل فيه قوله تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ الآية ٨٩ المائدة ، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة . قال فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات . وقال الشافعي « رح » يخير لإطلاق النص . ولنا قراءة ابن مسعود « رض » — فصيام ثلاثة أيام متتابعات — وهي كالخبر المشهور ،

صاع من حنطة أو دقيق أو سويق ، فإن دعى عشرة مساكين فغداهم وعشاهم أجزأه ، ولذلك إن أطعم خبزاً ليس معه إدام ، وإن غداهم وعشاهم وفيهم صبي فيظلم أوفوق ذلك شيئاً لم يجزئه وعليه إطعام مسكين واحد ، كذا ذكر الحاكم وغيره .

(والأصل فيه) أي في وجوب الكفارة (قوله تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ .. الآية ٨٩ المائدة) أي أقر الآية ، أو الآية فيها ، فعلى الأول النصب على المفعول به ، وعلى الثاني الرفع على الإبتداء بحذف الخبر (وكلمة أو للتخيير فكان الواجب فيه) أي في التكفير (أحد الأشياء الثلاثة) لأن هذا يقتضي التخيير .

(قال) أي القدوري (فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة) لأن المعسر لا يقدر على شيء من ذلك (صام ثلاثة أيام متتابعات) فإن صامها متفرقة لم يجزئه (وقال الشافعي يخير) يعني إن شاء فرق ، وإن شاء تابع (لإطلاق النص) أي القرآن ، وبه قال مالك وأحمد في رواية . وظاهر مذهب أحمد كقولنا ، وهو قول الشافعي .

فإن قيل الشافعي يحمل المطلق على المقيد في حادثة أو حادثتين فكيف لم يحمل فيها مع ورود القرابة مطلقاً ومقيداً . قلنا أنه يقول لعارض هنا أصلان متعارضان أحدهما مقيد بالتفريق ، وهو صوم التسعة في الحج الثاني مقيد بالتتابع ، وهو صوم كفارة الظهار والقتل ، فلا يمكن إلحاقه بأحدهما إذ إلحاقه بأحدهما يوجب ترك العمل لنص الآخرون .

(ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنها فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي) أي قراءة ابن مسعود هنا (كالخبر المشهور) قال الأترازي وقراءته كانت مشهورة في زمن أبي حنيفة ،

ويجوز الزيادة على النص بالمشهور . وقال تاج الشريعة لأنها نقلت عن رسول الله ﷺ، وقد اشتهرت في السلف خبر لعلم في المكاتب والزيادة بالخبر المشهور صحيحة . وقال الكاكي كالخبر المشهور ، لأنه يقرأ سماعاً من رسول الله ﷺ ولم يثبت قراءته لعدم التواتر ، فصار كالرواية المشهورة عن رسول الله ﷺ فصح التقييد بها ، وعندنا لا يحمل المطلق على المقيد كما في صدقة الفطر لإمكان العلم بهما ، وها هنا غير ممكن ، لأنهما في حكم واحد في حادثة واحدة ، وهو الصوم ، لأنه لا يقبل وصفين قضاء دين في وجوده . فإذا ثبت تقييده بالتتابع في تلك القراءة لم يبق مطلقاً ضرورة ، بخلاف صدقة الفطر ، فإنهما وردا في السبب ، ولا منافاة بين الشيئين . وأما صوم المتعة لم يجزء قبل أيام النحر ، لأنه لم يشرع قبلها لأن التفريق واجب .

(ثم المذكور في الكتاب) قال الكاكي ، أي في المشهور ، وقال الأترازي أي في مختصر القدوري ، وأراد بالمذكور في قوله في أول الفصل ، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة (في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله) مروي خبر المبتدأ ، أعني قوله المذكور ، والمذكور هو أدنى ما يجوز فية الصلاة وهو السراويل ، وبه قال أحمد في السراويل اختلاف الرواية . وقال في نوادر هشام لا يجوز في نوادر ابن سماعة يجوز ، كذا في الأجناس . وقال الكرخي في مختصره لا يجزىء في ذلك العمامة والقلنسوة ولا السراويل ، روى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعل عن أبي يوسف ، ورواه أبو عمر ومحمد الكتابي في إملاء محمد عنه كذلك . لأن لابسه يسمى عرياناً ، فلا يتناوله اسم الكسوة .

وفي الخلاصة عن محمد إن أعطى المرأة لا يجوز ، وإن أعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص . وذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من وصفه قال أبو حنيفة إن كانت العمامة قدرها قدر الإزار الشائع أو ما يقطع قميصاً يجزىء وإلا لم يجزئه ، وهذا كله إذا كسى رجلاً ، فأما إذا كسى امرأة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار ، لأن رأسها عورة لا يجوز الصلاة إذا كانت مكشوفة . وقال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي فإن أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزئه من الكسوة ، ولكنه يجزىء من الطعام إذا كان نصف ثوب

وعن أبي يوسف وأبي حنيفة « رح » أن أدناه ما يستر عامة بدنه ، حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح ، لان لابسه يسمى عرياناً في العرف ، لكن ما لا يجزئــــه عن الكسوة يجزئه عن الطعـــام باعتبار القيمة ،

يساوي نصف صاع من حنطة . ولو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم ، وهو ثوب كثـــير القيمة يصيب كل إنسان منه أكثر من درع وخمار .

وقال الشافعي يعتبر ما يطلق على اسم الكسوة حتى يجوز قميص أو سراويل أو عمامة أو جبة أو قميصاً أو مقنعة أو إزار أو رداء أو طرأ ، لأن الإسم يقع على جميع ذلـــك ، وله في القدرة والخف وجهان ، وعندنا ومالك وأحمد لا يجوز القلنسوة والخف . وعن ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز أقل من ثلاثـة أثواب قميص وسدر ورداء ، وعن أبي موسى الأشعري أنه يجزىء ثوبان ، ثم اعتبار الفقر والغنى عند إرادة التكفير عندنا . وعنـــد الشافعي « رح » عند الحنث ، حتى لو كان موسراً عند الحنث ثم أعسر جاز الصوم عندنا ولكن لا ، وعنده على القلب .

(وعن أبي يوسف « رح » وأبي حنيفة « رح » إن أدناه) أي أدنى ما يجزىء أنـ يكفر به (ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل) لأنه لا تستر عامة البـــدن وهو الصحيح ، أي هذا المروي عن أبي حنيفة (وهو الصحيح،لأن لابسه) أي لابس السراويل (يسمى عرياناً في العرف ، لكن ما لا يجزئه عن الكسوه يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة) يعني لو أعطاه ثوباً لا يجزئه عن الكسوة ، مثل سراويل أو خف أو نصف ثوب يجزئــه عن الإطعام إذا بلغت فيه نصف صاع من بر ، وبه قال مالك وأحمد ، ثم في ظاهر الرواية يجزئه عن الطعام بغير نية ، وعن أبي يوسف إذا نوى يكون بدلاً عن الطعام ، ويجزئه عنه وإلا لا . وقال زفر لا يجزئه عن الطعام نوى أو لم ينو . وعند الشافعي لا يجوز اعتبـــاراً لقيمته في الكفارة كما في الزكاة .

وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه . وقال الشافعي « رح » يجزئه بالمال ، لانه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح . ولنا أن الكفارة تستر الجناية . ولا جناية ها هنا ؛ واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض ، بخلاف الجرح ، لانه مفض

(وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه . وقال الشافعي يجزئه بالمال) أي يجزىء التكفير بالمال قبل الحنث ، وبه قال مالك وأحمد ، وقيد بالمال لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز ، لأن العبادات البدنية لا تقوم على وقت الأداء ، وفي وجه يجوز ، وهو قوله القديم ، وبه قال مالك وأحمد « رح » (لأنه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح) قبل الوقت ، وكذا كفارة الظهار ، فإنها يجوز بعد الظهار وقبل العود كالزكاة ، فإنها يجوز قبل الحول .

(ولنا أن الكفارة تستر الجناية) لأنها تكفر الخطيئة ، أي تستر بها ولايتصورسترها قبل وجودها ، وهو معنى قوله (ولا جناية ها هنا) ولا يصح التكفير قبل الحنث ، لأنه يلزم تقديم السبب على المسبب فهو فاجر كما لو كفر قبل الإفطار (واليمين ليست بسبب) هذا جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب ، تقديره لا نسلم أن اليمين سبب بوجوب الكفارة ، لأن أدنى درجات السبب أن يكون مفضياً إلى الحكم وطريقاً له ، واليمين مانعة الحنث ، وهو معنى قوله (لأنه مانع غير مفض) وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو باعتبار ظاهر اللفظ مفض إلى الحكم ، والسبب ما يكون مفضياً كما ذكرنا .

(بخلاف الجرح) جواب عن قياس المنازع فيه على الجرح قبل الموت (لأنه) أي لأن الجرح (مفض) إلى زهوق الروح ، بخلاف الظهار ، لأن نفس الظهار جناية ، ويجوز الزكاة قبل الحول ، لأنها شكر لنعمة المال ، وهو موجود ، ومفضي الحول تأجيل فيه ، وإضافة الكفارة إلى اليمين مجاز ، لأنها على عوض أن يصير سبب على تقدير الحنث .

فإن قلت احتج الشافعي بظاهر قوله عليه السلام لعبد الرحمن بن ثمرة إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها ، فكفر يمينك وآت الذي هو خير متفق عليه ، وفي لفظ أبي

ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة . قال ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم إياه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه ،

داود ، ثم آت الذي هو خير . قلت أصحابنا احتجوا بحديث عبد الرحمن بن سمرة ، فإنه عليه السلام قال له لا تسأل الإمارة .. الحديث ، وفي آخره وإذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيراً منها فات الذي هو بخير وكفر عن يمينك .. الحديث في الصحيح ، ولا يقال الواو للجمع ثم للترتيب ، فيدل على الجمع لا على التأخير والتقديم ، بخلاف ثم للترتيب ، لأنه جاء في رواية أخرى ، ثم ليكفر يحتمل ما رواه الشافعي على أنه بمعنى الواو ، لأن ثم يجيء بمعنى الواو ، قال الله تعالى ﴿ ثم كان من الذين آمنوا ﴾ ﴿ ثم الله شهيد ﴾ ٤٦ يونس ، فيكون ما روينا محكماً في التأخير ، وما رواه محتمل فحمل عليها ما ذكرنا إعمالاً للضرر ، لأنه أمر بالتكفير مطلقاً ، ومطلق التكفير لا يجوز قبل الحنث ، لأنه لا يجوز بالصوم إجماعاً .

(ثم لا يسترد من المسكين) عطف عن قولهم لم يجزئه يعني لا يسترد والمال عن المسكين ، وإن كان لا يقع عن الكفارة (لوقوعه صدقة) لأنه قصد شيء حصول الصواب ورفع الذنب ولم يرفع الذنب لعدمه ، فيحصل الصواب لإمكانه فيكون صدقة ، ولا رجوع فيها .

(قال) أي القدوري (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم إياه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه) هذا الحديث مر معنا الآن ومضى الكلام فيه ، ومعنى قوله على يمين ، أي على مقسم عليه في فعل أو على ترك ، لأن اليمين مركبة من مقسم به ، وهو بالله ومقسم عليه ، وهو قوله لأفعلن أو لا أفعل لكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض . وقال الأكمل في وجه

ولان فيما قلناه تفويت البر إلى جابر ، وهو الكفـــارة ولا جابر للمعصية في ضده وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث عليه ، لانه ليس بأهل لليمين ، لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظماً

الاستدلال به نظر ، لأنه قال ورأى غيرها خيراً منها فالدعى المطلق . والدليل مشروط برؤية غيره خير . والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيراً منها فيجعل الشرط موجوداً نظراً إلى حاله .

(ولأن فيما قلناه) يعني إذ الكفارة بعد الحنث (تفويت البر إلى جابر ، وهوالكفارة ولا جابر) وهو الكفارة لما أن الجابر يقتضي سبق ذلك المحمود وهو حل اليمين بالحنث فيما قلنا ،فتصبح الكفارة جائزة ولا جائزة (للمعصيـة في ضده) أي في ضد ما قلنـاه ، وأراد بالضد التي في اليمين ، أي لا جائزة لمعصية الحنث ، فما قال الشافعي ، لأن الحنث لما يتأخر عن الكفارة لم تصبح الكفارة السابقة جائزة لذلك الحنث ، لأن الجائز لا تقـدم ، كذا في النهاية . وقال الأكمل وقال في بعض الشروح ، ولأن فيما قلنا أي في الحنث النفس والتكفير بعد ذلك لتفويت البر إلى جابر ، والجابر هو الكفـــارة والفوات إلى جابر كلا فوات ، فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر ، أما إذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب ،وقتل فلان بغير حق تحصيل المعصيـة بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة ، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر يمينه ، وكلا الوجهين صحيح ، والثاني أيسر . قلت أراد بالقائل بقوله وقال في بعض شروح الأترازي ، لأنـه قال في شرحه هكذا ويرده الأكمل برمته

(وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد الإسلام ، فلا حنث عليه) أي فلا كفارة عليه ، وبه قال مالك . وقال الشافعي وأحمد تلزم الكفارة بالمال دون الصوم (لأنه) أي لأن الكفارة (ليس بأهل لليمين ، لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظما) لأنه هاتك حرمة الله تعـــالى بإصراره على الكفر والتعظيم مع الهتك

ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة . ومن حرم على نفسه شيئا مما لا يملكه لم يصر محرما ، وعليه إن استباحة كفارة يمين ، وقال الشافعي «رح» لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين . ولنا أن اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين ، فصار اليه ، ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة ، وهو المعني

لا يجتمعان ، والبر لا يتحقق إلا من معظم ، ولا يلزم استخلافه في المظالم أو المنصوبات أو هو مشروع في حقه ، لأنه من أهل مقصود الاستخلاف وهو النكول والإقرار ، وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعتاق ، لأنه من أهل حكمياً (ولا هو أهل الكفارة) أي ولا الكافر أهل للكفارة (لأنها عبادة) لكونها ساترة للذنب .

(ومن حرم على نفسه شيئاً مما لا يملكه) سواء كان ثوباً أو طعاماً أو أمة أو غيرها، بأن قال حرام علي ثوبي هذا أو طعامي هذا أو أمتي هذه ونحو ذلك (لم يصر محرماً) أي بعينه ، بل صار محرماً بالنص ، فلهذا قال عقبه (وعليه إن استباحه) أي يعامل به معاملة المباح ، فان أكل الطعام أو لبس الثوب أو وطىء الأمة فعليه (كفارة يمين . وقال الشافعي لا كفارة عليه) لأنه ليس يمين إلا في النساء والجواري ، وبه قال أحمد . وقال مالك من حرم على نفسه شيئاً غير امرأته لا يلزمه شيء وليس يمين (لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به ، تصرف مشروع وهو اليمين) كعكسه ، وهو تحليل الحرام .

(ولنا أن اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله) أي إعمال اللفظ (بثبوت الحرمة لغيره) أي بغير اللفظ (باثبات موجب اليمين) وهو الكفارة ، وأصله ليس في وسعه إثبات الحرمة لذاته وعينه قلبت الحرمة لغيره ، وهو جناية حرمة اليمين ، وهو الكفارة على تقديم الحنث (فيصار اليه) أي إلى ثبوت الحرمة لغيره .

(ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً كان أو كثيراً) انتصاب قليلاً على أنه مفعول لقوله فعل (حنث ، ووجبت الكفارة) لأن التحريم ثبت بتناول كل جزء (وهو المعني) بكسر

من الإستباحة المذكورة ، لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه ، ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ، لأنه باشر فعلا مباحاً وهو التنفس ونحوه،وهذا قول زفر « رح ».وجه الاستحسان أن المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم ،

النون وتشديد الياء ، أي المعصوم (من الإستباحة المذكورة) أى فعل ما حرمته هو المراد من الإستباحة التي ذكرها (لأن التحريم إذا ثبت) يعني تحريم العين ، وهو دليل قوله إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيراً حنث ، وذلك لأن تحريم المعنى إذا تبين (تناول كل جزء منه) أي مما حرمه ، فيحنث بالقليل والكثير . وقال الأكمل وعورض بأن اليمين إما أن يذكر مقسم به ، وهو عند ذكر اسم من أسمائه أو صفة من صفاته كما تقدم ، أو بأن يذكر شرطه وجزاءه ، وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يميناً واجب بسقوطها بقوله تعالى ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ ٢ التحريم ، بعد قوله ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ في تحريم العدل أو تحريم ما به أطلق الأيمان على تحريم إطلاق وفرض تحلة الأيمان ، والرأي لا يعارض النصوص السمعية .

(ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب ، إلا أن ينوي غير ذلك) هذا ظاهر الرواية قال الحاكم الشهيد في الكافي ، وإذا قال لرجل هو علي حرام سئل عن نيته، فان نوى يميناً فهو يمين وكفرها ، ولأنه حل امرأته في ذلك أن ينويها ، فان نواها دخلت فيه ، فاذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الإيلاء ، فان نوى فيه الطلاق، فالقول فيه كالقول في الحرام ، أي يصح ما نوى ، وإن نوى الكذب فهو كذب (والقياس أنه يحنث كما فرغ) من اليمين (لأنه باشر فعلا مباحاً وهو التنفس ونحوه) بفتح العينين وفتح الشفتين أو ضمها (وهذا قول زفر « رح ») فان عنده كما يفرغ من اليمين يحنث .

(وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم) لأن صيغة

وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف ، فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم ، وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب ، وهذا جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا « رح » قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال ، وعليه الفتوى ،

العموم إذا لم تكن أجراها على عمومها يراد بها أخص الخصوص للتعيين ، وهنا لا يمكن ذلك ، لأن الإنسان لا يمكنه مع نفسه عن النفس وفتح العين وذلك له حلال ، فحمل على الحلال الأعم وهو يعيش به من المطعوم والمشروب ، وهو معنى قوله (وإذا سقط اعتباره) أي اعتبار العموم (ينصرف يمينه إلى الطعام والشراب للعرف) بين الناس (فانه يستعمل فيما يتناول عادة) هذا القليل لقوله للعرف معنى ، إنما انصرف قوله كل حل علي حرام إلى الطعام والشراب ، لأنه في عرف الناس يستعمل في ذلك (ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم) لأنه لا يمكن إجراء اللفظ على العموم لما قلنا .

(وإذا نواها)) أي إذا نوى المرأة (كان إيلاء) لأن اليمين في الزوجات إيلاء ، وإن جامعها في المدة كفر عن يمينه ، وإن لم يقربها حتى مضت مدة الإيلاء بانت بالإيلاء (ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب) حتى إذا أكل أو شرب حنث (وهذا كله) أي هذا المذكور كله (جواب ظاهر الرواية) وهو رواية المبسوط (ومشايخنا « رح ») قالوا أراد بهم مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر حيث (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الإستعمال) فيما بين الناس في هذا الزمان أنهم يرون بهذا اللفظ الطلاق (وعليه الفتوى) قال أبو الليث ، وبه نأخذ .

وفي فتاوى النسفي حلال المسلمين علي حرام ينصرف إلى الطلاق بلا نية للعرف ، وإن لم يكن له امرأة يجب عليه كفارة ، وإن كانت له امرأتان يقع الطلاق على واحدة ، واليه البيان في الأظهر لقوله امرأتي طالق ، وله امرأتان ، والمرأة في التسمية . وكذا لو قال

وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرامللعرف ، واختلفوا في قوله

ــ هرجة برداست راست كيرم بروى حرام ــ أنه هل تشترط النية،

والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف

حلال الله علي حرام ، أو حلال هذا ، أي أو حلال [1] ويروى حرام وله امرأة تنصرف اليها من غير نية للعرف ، فان مراد العامه من هذا اللفظ الطلاق .

(وكذا ينبغي في قوله – حلال بروى حرام –) أي وكـذا ينبغي أن يقـع الطلاق بلا نية في قوله – حلال بروى – يعني حلال علي حرام (للعرف) أي لأجل عرف الناس بذلك في الطلاق .

(واختلفوا في قوله) أي اختلف المشايخ في قول الرجل (هرجه بردست راست كيرم بروى حرام – أنه هل يشترط النية) أي لا يشترط (والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف) قوله – هرجة – بفتح الهاء وسكون الراء وكسر الجيم الفارسيـة وسكون الهاء ، ومعناه كل شيء . فوق – بدست – بفتح الباء الموحدة والدال المهملة وسكون السين المهملة وبالتاء المثناة من قوله ومعناه بيدي . قوله – راست – بفتح الراء وسكون السين المهملة بعد الألف وبالتاء المثناة من فوق ، ومعناه اليمين يعني بيدي اليمـين . قوله – كيرم – بكسر الكاف وسكون الياء آخر الحروف ، معناه علي . وفي خلاصة الفتاوى – هرجة بدست كيرم هومن حرام – لا يصدق أنـه لم ينو . ولو قال – هرجه بدست راست كرفه ام – فهو بمنزلة قوله – كيرم – . ولو قال – هرجه بدست حيب كرم – في مجمع النوازل لا يكون طلاقاً ، وإن نوى . ولو قال – هرجه بدست راست كرفتم – لا يكون طلاقاً ان المعرف في قوله – كيرم – ولا عرف في قوله – كرفتم – . ولو قال – هرجه بدست راست كيرم – ولم يقـل – راست أو جب – فهو بمنزلة قوله – هرجه بدست راست كيرم – .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة . اهـ مصححه .

ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء ، لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي . وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ، ولان المعلق بشرط كالمنجز عنده . وعن أبي حنيفة « رح» أنه رجع عنه .

(ومن نذر نذراً مطلقاً) أي مطلقاً عن ذكر الشرط بأن قال لله علي صوم سنة بدون التعليق بشيء (فعليه الوفاء به) أي بما سمى (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى) هذا الحديث غريب . وفي جواب الوفاء بالنذر حديث صحاح مما أخرجه البخاري عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً قال يا رسول الله إن أختي نذرت أن تحج وإنها ماتت قبل أن تحج ، فقال عليه السلام لو كان عليها دين أكنت قاضيه ، قال نعم ، قال فاقض دين الله فهو أحق بالقضاء .

وفي رواية أن أختي وفيها ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال فاوف بنذرك، وزاد البخاري فاعتكف ليلة ، ومنها ما رواه أبو داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف ، قال أوف بنذرك .. الحديث .

(وإن علق النذر بشرط) بأن قال إن شفى الله مريضي أو رد الله غائبي أو مات عدوي فعلي صوم شهر أو سنه (فوجد الشرط فعليه الوفاء) بتعيين (بنفس النذر) ولا يخرج عنه بالكفارة (لإطلاق الحديث) المذكور ، فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقاً أو معلقاً بشرط (ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده) أي عند وجوده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزئه الكفارة ، فكذا هنا ، وبه قال مالك في المشهور عنه . وقيل إن كان النذر في مباح يتخير ، وفي الطاعة يلزمه الوفاء مطلقاً .

(وعن أبي حنيفة « رح » أنه رجع عنه) أي عن نفس الوفاء بالنذر إلى التخيير بين الكفارة والوفاء . وعن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجاً ، فلما دخلت

وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة مال ملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد «رح» ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا ، وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر ، فيتخير ويميل أي الجهتين شاء ، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه ، وهو المنع ،

الكوفة قرأت كتاب القدوري والكفارة على أبي حنيفة رضي الله عنه ، فلما انتهيت إلى هذه المسألة ، قال فان من رأى أن راجع فراجعت عن الحج ، أو قد توفي رحمه الله فأخبرني الوليد بن ابان إنه رجع قبل موته سبعة أيام ، وبه يفتي اسماعيل الزاهد وشمس الأئمة السرخسي لكثرة البلوى به في هذا الزمان ، وهذا لأن كلامه نذر فظاهره يمين بمعناه .

(وقال إذا قال) أي وقال أبو حنيفة إذا قال الرجل (إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة) أي أو قال فعلي صدقة (مال ملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين ، وهو قول محمد « رح ») وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد ومالك في رواية . وفي القديم يتعين الكفارة ويكون هذا نظراً للحالف (ويخرج عن للعهدة) أي عن عهدة اليمين (بالوفاء بما سمى أيضاً) حتى لو كان معسراً كان مخيراً بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهراً ، وهذا مروي عن أبي حنيفة في النوادر . ووجه ما روي في السنن مسنداً إلى عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال كفارة النذر كفارة اليمين .

(وهذا) أي هذا المذكور (إذا كان شرطاً) أي إذا كان النذر معلقاً بشرط (لا يريد كونه) مثل إن شربت الخمر فعلي صوم سنة (لأن فيه معنى اليمين وهو المنع) عن اتخاذ الشرط (وهو بظاهره نذر) وهو ظاهر (فيتخير ويميل إلى أى الجهتين شاء) أى التكفير أو النذر (بخلاف ما إذا كان شرطاً) أي بخلاف ما إذا علق بشرط (يريد كونه) أى كون الشرط (كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع) لأن

وهذا التفصيل هو الصحيح . قال من حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد بر في يمينه ،

قصده الرغبة فيما حوله شرطاً (وهذا التفصيل) أى الذى ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريد كونه [1] (هو الصحيح) .

وقال الأكمل وفيه نظر ، لأنه إن أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح ، لأنه غير ظاهر الرواية ، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد ، على أن فيه إيماء إلى القصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية .

(قال) أى القدورى (ومن حلف على شيء) وفي بعض النسخ على يمين ، وعلى هذا قال الأترازي ومعنى قوله على يمين ، أى على مقسم عليه (وقال إن شاء الله تعالى متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وفي المبسوط حلف على يمين أو نذر وقال إن شاء الله متصلا حنث عليه ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر (لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ (من حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلا فقد بر في يمينه) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وبمعناه أحاديث منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن أيوب البخناني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من حلف فاستثنى فان شاء مضى وإن شاء ترك غير حنث . انتهى بلفظ النسائي .

وفي لفظ له فهو بالخيار إن شاء مضى وإن شاء ترك ، ولفظ ابن ماجة نحوه ، ولفظ أبي داود من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد ... ولفظ الترمذى فقال إن شاء الله فلا حنث عليه وقال حديث حسن . ومنها ما رواه الترمذى والنسائي وابن ماجة من حديث ابن طاووس عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث .

---

(١) هكذا الجملتين في الأصل ، اه مصححه .

إلا أنه لا بد من الإتصال لانه بعد الفراغ رجوع ، ولا رجوع في اليمين

(إلا أنه) استثنى من قوله فلا حنث عليه ، يعني إنما لم يحنث إذا كان الاستثناء متصلاً بيمينه وهو معنى قوله (لا بد من الإتصال) بأن لا يقطع قوله إن شاء الله بكلام أو سكوت ، والفصل انقطاع النفس لا يعتبر لتعذر الإحتراز عنه ، أما إذا كان الاستثناء منفصلاً فلا عدة به ، فعليه الحنث (لأنه بعد الفراغ رجوع) عن اليمين (ولا رجوع في اليمين) .

فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل . قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على اللزوم المقهور هي التي توجب الإتصال . فان جواز الاستثناء منفصلاً يقضي إلى إخراج المقهور كلها من البيوع والأنكحة وغيرها من أن تكون يلزمه ، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى ، وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة ، فيحمل حديث الاستثناء على الإتصال توفيقاً بين الأدلة ، والله أعلم بالصواب .

★ ★ ★

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها. وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين المتعلق بدخول البيت وحكم السكنى فيه الدخول الإنفصال من الظاهر الداخل إلى الباطن والخروج على الكنس والسكنى عبارة عن كون السكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام ، فإن من جلس في مسجد أو جاءت فيه لا يعد ساكناً فيه ، ولما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه شرع يذكر الأفعال التي ينعقد عليها اليمين باباً . إلا أنه قدم هذا الباب على غيره لأنه أهم ، لأن الإنسان يحتاج إلى مسكن يدخل فيه ويستقر ، ثم يترتب على ذلك سائر الأفعال من الأكل والشرب .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة) بكسر الباء متعبد النصارى (أو الكنيسة) وهي متعبد اليهود (لم يحنث ، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها) أي للبيتوتة ، والمعتبر في الأيمان العادة والعرف ، والألفاظ المستعملة في الأيمان مبنية على العرف عندنا . وقال أحمد بني الايمان على النية ، سواء نوى ظاهر اللفظ أو مجازه خاصاً أو عاماً ، لقوله عليه السلام لكل امرىء ما نوى . قال الشافعي رضي الله عنه مبنية على الحقيقة ، لأنها مراد . وعند مالك على معاني علم القراءات ، لأنه على أصح اللغات وأفصح .

(وكذا) أي وكذا لم يحنث (إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار) والظلة ما أظل

لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة . وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف يحنث ، لأنه يبات فيه عادة. وإن دخل صفة حنث لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات ، فصار كالشتوي والصيفي . وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفافهم

فوق الباب خارج الدار لما ذكرنا ، أشار إلى قوله لأن البيت ما أعد للبيتوتة . وفي التحفة ولو دخل دهليز الدار يحنث ، لأنه في الداخل والظلة يكون على السكة (لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة) ما أظل فوق الباب خارج الدار ، وهو يصلح أن يكون تفسيراً لما ذكره المصنف . وأوضح ذلك صاحب الحصير ، فقال الظلة هي التي أحد طرفي جذعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل . وفي الذخيرة أراد بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار . قال صاحب المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب ، والكل في الحقيقة معنى واحد .

(وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث ، لأنه يبات فيه عادة) قيد بقوله وهو مسقف يبقى أن لا يحنث ، ولكن الأصح أن كل موضع إذا أغلق الباب لا يمكنه الخروج يكون من الدار ، فعلى هذا يحنث بدخوله الدهليز منطلقاً كما ذكره أولاً ، وعلله بقوله لأنه في الداخل .

(وإن دخل صفة حنث) أي في يمينه لا يدخل بيتاً (لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات ، فصار كالشتوي والصيفي) الشتوي هو الذي يبنى لأن يبات فيه في الشتاء ، والصيفي الذي لا يبنى ، لأن يبات فيه في الصيف ، فاستوى له جدران أربعة في واحد منها باب ، والصيفي له ثلاثة جدران ليس إلا هو وهو الصفة . وفيه قول بعض المشايخ بخلاف هذا أشار اليه بقوله (وقيل هذا) أي حنث بدخول الصفة في المبتدأ لا يدخل بيتاً (إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفافهم) أي صفاف أهل الكوفة ، فحينئذ لا يكون فرق بين البيت والصفة ، فيحنث . لأنه يبات فيها . وفي

وقيل الجواب يجري على إطلاقه وهو الصحيح . ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث ، لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرةودار غامرة ،

المبسوط وفي عرفنا الصفة ذات حوائط ثلاثة قد يكون على هيئة البيت ، فلا يكون بيتاً فلا يحنث ، وبه قال الشافعي .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن أبي حاتم حازام فما أمشي بغداد ، قال هذه ليلة كانت مشتملة حتى انتهيت إلى الكوفة فرأيت صفافهم مبسوطة ، فعلمت أن الأيمان وضعها على تعارفهم . قال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي قال أصحابنا ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة يسمون بيتاً في جوف بيت آخر صفة ، فأما اسم الصفة في بغداد لا يتناول البيت ولا اسم يتناول الصفة .

(وقيل الجواب يجري على إطلاقه) يعني يحنث أي صفة دخلها بالصحة البيتوتة ، واليه ذهب المصنف ونبه عليه بقوله (وهو الصحيح) وقال الكاكي وهو الصحيح احتراز تقيد الصفة بعرفهم ، يعني الصحيح الإطلاق لوجود البيتوتة في الصفة .

(ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث) وقال الشافعي لا يحنث في الوجهين ، وأشار المصنف إلى العرف بين الوجهين بقوله (لأن الدار اسم للعرصة) قال ابن الأثير العرصة كل موضع واسع لا ينافيه . وقال الجوهري العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من بناء ، والجمع العرصات والعراص . قلت ومنه عرصات يوم القيامة ، وهي شديدة ، وهي في لغة العجم كذلك ، فلذلك قال المصنف (عند العرب والعجم) وهي بسكون الواو يفتح في الجمع (يقال دار عامرة ودار غامرة) أي دار عامرة بالعين المهملة ، ودار غامرة بالغين المعجمة . قال الجوهري الغامرة يعني بالغين المعجمة من الأرض خلاف العامرة، يعني بالمهملة . وفي حديث عمر رضي الله عنه جعل على كل جريب عامر أو غامر أو رهما

ومصرا . وقال ابن الأثير الغامر يعني بالغين المعجمة ما لم يزرع مما يحتمل الزراعة من الأرض. والجواب من الأرض ستون ذراعاً في ستين .

(وقد شهدت أشعار العرب بذلك) أي بأن الدار اسم للعرصة ، وجاء ذلك في أشعار كثيرة ، منها ما قال شعير العامري :

عقب الديار محلها فمقامها ... بمنى تأبد غواها فرحا بها

قوله عقب ديار الأحباب العرب ما كان منها للحلول دون الإقامة وما كان منها للاقامة ، وعفى يعفو لازم ويتعدى ، وهنا لازم ، يعني اندرست. قوله – بمنى – بالتنوين وهو موضع يجمع ضربه هي الحرم . قوله – تأبد – أي أقفروا لصه الوحوش . قوله – غواها – بفتح الغين المعجمة و الرجاء بكسر الراء وبالجيم ، وهما جبلان معروفان . وقيل موضعان .

ومنها ما قال السنابقة :

يا دار مية بالعلياء فالسندأقدت ... وطال عليها سالف الأبد

وقفت فيها أصيلا لا أسائلها ... أعقر جواباً وما بالربع من أحد

يخاطب السنابقة دار مية اسم امرأة . والعلياء موضع مرتفع، وكذلك السند بفتحتين موضع مرتفع من ارتفاع الوادي أو الجيد ، ثم أخبر عنها بقوله – أقدت – أي أقفرت وخلت عن أهلها وذهبوا وطال عليهم ما مضى من مرور الزمان ، ثم يقول وقفت عليها عشية أسائلها عن أهلها أين مضوا فلم تقدر على الجواب ، ولم يكن فيها أحد يكنى ، والأصيلان لا أصله أصلان مصغر أصلان جمع أصيلا ، فأبدلوا من النون لاماً . والأصيل الوقت بعد المغرب ، ومنها ما قال حسان بن ثابت رضي الله عنه .

تلك دار الألوف أصحت حلا ... بعدما يحلها في نشاط

والنشاط شره من الصبى. هذه الآيات كما ترى دالة على أن الدار سمي داراً بعد ارتحال أهلها عنها وآثارها ودرس رسومها وأطلالها . وقال الأترازي وقد أورد الفقيه أبو الليث

في شرح الجامع الصغير والإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ها هنا يصلح بضبط الفقهاء، وهي الدار وإن زالت حوائطها . والبيت ليس ببيت بعد أن ينهـــدم ، ثم قال ولكن لا يصلح للاحتجاج به ، فإن قائله ليس بمعلوم وإن شاء مثله لكل أحد غير عسير، انتهى. وذكر الكاكي هذا البيت في معرض الإحتجاج فلا بأس به ، لأنه وإن لم يعرف قائله يصلح للاحتجاج ، ألا ترى أن النحاة كثيراً احتجوا بإثبات لا يعرف قائلهـــا ، غير أنهم إذا عرفوا أن قائلها من السفر المحدثين لم يحتجوا فيها إلا للاستشهاد .

(فالبناء وصف فيهـــا) أي في الدار (غير أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر) أي هذا إذا كانت الصفة لم تكن داعية إلى اليمين نفعه كون الدار معينة . وفي الغائب إلى المتكر معتبرة ، لأن الغائب يعرف بالوصف ، فتعلقت اليمين الدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة ، وفي المعين لغو ، لأنه إشارة إلى تعريف فأغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح ، فاستوى وجودها وعدمها . وهنا اعتراضان :

الأول : نقض إجمالي ، وهو أن يقال هذا بل بما قال محمد في كتـــاب الوكالة بشراء دار فاشترى داراً خربـة يلزم الموكل ، وينبغي أن لا يقع للموكل ، لأن الصفة في الغـائب معتبرة . الجواب أن الصفة في النكرة من كل وجه معتبرة ، والدار في اليمين منكرة من كل وجه . وفي الوكالة تفرقت من وجه ، لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن أو محله وليست في اليمين كذلك ، فلا يلزم من صحته اتفاقاً ، والوكالة صحة انعقاد اليمين بلا تحفة الإعتراض .

الثاني : بطريق المعارضة وهو أن يقال أن البنـــاء لا يخلو إما أن يكون داخلاً في المسمى أو لم يكن ، فإن كان داخلاً وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة ، وإن لم يكن داخلاً وجب أن لا يختلف الحـال أيضاً في عدم الدخول ، كما إذا حلف لا يكلم رجلاً ينعقد يمينه برجل قاعد عالم ، أي غير ذلك من الصفات الخارجة عنه. والجواب أن البناء صفة متعينة للدار ، فجاز أن يكون مراداً بحكم العرف المتعينة . وفي الرجل التراجم في الصفات ثابت من العلم والفعل والقدرة والصناعة والحسن والجمال،وهذه

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الإسم باق بعد الإنهدام ، وإن جعلت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث ، لأنه لم يبق داراً لاعتراض اسم آخر عليه ، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية . وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال

الصفات بأثرها يمنع إرادتها عادة ، وليس البعض أولى من البعض في الإرادة ، فيمتنع الإرادة أصلاً كذا ذكره في النهاية محالاً عن الفوائد الظهيرية .

وقال الأكمل ورد بأن البناء ضده الخراب ومحل الدار محل نوادرها ، فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع . وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاضر أو أن يكون داخلا في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعروف لاستغنائه عنه .

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت داراً أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الإسم باق بعد الإنهدام) لم تبدل باعتبار أصله ، وإنما يبدل الوصف ، وذلك لا يعتبر في الحاضر . وللشافعي فيه وجهان (وإن جعلت مسجداً) أي وإن جعلت الدار مسجداً (أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث لأنها لم تبق داراً لاعتراض اسم آخر عليها) لأنها لما تبدل اسمها كان ذلك بمنزلة متبدل اليمين (وكذا) أي وكذا لا يحنث (إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه) أي بعد كونه مسجداً أو بستاناً أو نهراً فجعلها داراً ودخل لم يحنث (لأنه لا يعود اسم الدارية) بتشديد الياء آخر الحروف . وقال الكاكي لم يحنث ، وإن عاد اسم الدار لكونه صفة جديدة ، فنزل ذلك منزلة اسم آخر نظراً إلى تبدل البيت ، ولهذا لو حلف لا يدخل هذا المسجد فدخله بعدما انهدم يحنث .

(وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال

اسم البيت ، لأنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه، وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لم يحنث ، لأن الإسم لم يبق بعد الإنهدام ، قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث ، لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد .

وقيل في عرفنا لا يحنث .

اسم البيت ، فإنه لا بيان فيه ، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث ، لأنه يبات فيه) أي في البيت الذي زال سقفه وجدرانه باقية (والسقف وصف فيه) أي في البيت، إذ البيتوتة تحصل بدونه ، والسقف صفة الكمال في البيت ولم يضر زوال الوصف .

(وكذا إذا بنى) أي ذلك البيت (بيتاً آخر فدخله لم يحنث ، لأن الإسم لم يبق بعد الإنهدام) لأن الثاني صار غير الأول ، لأنه بصفة جديدة ، وفي خلاصة الفتاوى عن الأصل لو حلف لا يسكن بيتاً ولا نية له فسكن بيتاً من شعر أو فسطاطاً أو خيمة لا يحنث إن كان الحالف من أهل المصر ، وإن كان من أهل البادية يحنث . وذكر بعضهم في شرحه منقولاً عن الفوائد الظهيرية إنه إذا حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت يحنث هذا أمر ، لأنه مخالف للأصل وللرواية ، فإن الشيخ أبا نصر قال . وإن حلف لا يخرب بيتاً فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وإن سماه الله بيتاً ، ذكره في مسألة لا يأكل لحماً فأكل السمك لم يحنث .

(قال) أي قال القدوري (ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث ، لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) وكذا يصلح اقتداء الذي على سطح المسجد بمن فيه . وذكر في الشامل حلف لا يدخل دار فلان ، فقام على حائطه أو سطحه حنث . وقال في شرح الأقطع قال الشافعي « رح » لا يحنث . وقال بعض أصحابه يحنث (وقيل في عرفنا لا يحنث) أي بالوقوف على سطح الدار . قال الفقيه أبو الليث في النوازل إن كان الحالف من بلاد العجم فإنه لا يحنث في

قال وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم . وإن وقف في طاق البـــاب بحيث إذا أغلق البـــاب كان خارجاً لم يحنث ، لأن البـــاب لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن الخارج من الدار

هذا كله ما لم يدخل الدار ، لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار . وفي جامع قاضي خان هذا في عرفهم ، وفي عرفنا الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولاً فلا يحنث . ثم قال والصحيح جواب الكتاب إنه يحنث .

وفي الفتاوى قال هذا إذا كان اليمين بالعربية ، فإن كانت بالفارسية وصعد السطـــح أو نحوه شجرة فيها إن حائطاً فيها لا يحنث . وفي الكافي المجاز في بلاد العجم أنه لا يحنث. وفي الدهليز يحنث . وفي الإيضاح لو كان فوق المسجد سكن لم يحنث ، لأنـــه ذلك ليس بمسجد . وفي شرح الوجيز لو كانت في الدار شجرة منشرة الأغصان يتعلق ببعضها . فإن حصل في مجازات البيان حنث . وإن حصل في مجازات لأسترة السطح ففيه وجهان ، وإن أعلا من ذلك يحنث وعند أصحاب أبي حنيفة « رح » أنـــه لو كان بحيث لو سقط يسقط في الدار يحنث .

(قال) أي قال القدوري (وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم) يعني إذا أغلق الباب ويبقى داخلا وهو ضيق ، وإنما قال هذا لأن القدوري أطلقه (وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً لم يحنث ، لأن الباب لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن الخارج من الدار) أي خارج الباب من الدار لعدم الحرز به . وفي المحيط وكذا لو قام على أسكفة الباب والباب بينـــه وبين الدار لا يحنث . ولو دخل رأسه أو إحدى رجليه أو حلف أن لا يخرج فخرج إحدى رجليه أو رأسه لم يحنث، وبه قال الشافعي « رح » ومالك وأحمد « رح » في رواية لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له ، ثم دخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت .

هذا في عرفهم وفي عرفنا الدار والبيت واحد فيحنث إن دخل صحن الدار ، وعليه

قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً، والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء . وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل . ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث ، وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر « رح » يحنث

الفتوى ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه واحد. حلف لا يدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل لم يحنث ، سواء كان على الميت دين أم لا . ولو باعها فلان ثم دخلها إن عينها بأن قال هذه لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر والشافعي « رح » ومالك وأحمد يحنث . ولو دخل داراً مشتركة بينه وبين غيره ، فإن كان المحلوف عليه يسكنها يحنث . ولو دخل داراً يسكنها فلان بالإجارة أو بالإعارة يحنث ، وبه قال مالك وأحمد .

(قال) أي قال القدوري (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً . والقياس أن يحنث) وبه قال زفر والشافعي « رح » في وجه (لأن الدوام له حكم الإبتداء) أي لأن الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل كما إذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها ، فدام على ذلك يحنث .

(وجه الاستحسان إن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل) وليس دوام (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث . وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر « رح » يحنث)

لوجود الشرط وإن قل . ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه ، فان لبث على حاله ساعة حنث ، لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ، ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوماً ولبثت يوماً ، بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى المدة بمعنى المدة والتوقيت

أي قياساً (لوجود الشرط وإن قل) أي شرط الحنث وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير .

(ولنا أن اليمين تعقد البر فيستثني منه زمان تحققه) إن تحقق البر ، فإن قلت لا نسلم أن اليمين تعقد للبر ، ألا ترى أن الحلف على البناء ينعقد ، والبر لا يتصور . قلت اليمين ثمة منعقدة للبر أيضاً للإمكان ، لكن العجز الظاهر انتقل الحكم إلى الحلف، وهو الكفارة (فإن لبث على حاله ساعة حنث ، لأن هذه الأفاعيل) وهو اللبس والركوب والسكنى (لها دوام بحدوث أمثالها) أي يتحدد أمثالها بدليل صحة ضرب المدة ، وهي معنى قوله (ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال لبثت يوماً وركبت يوماً) فكان للدوام حكم الابتداء فيحنث الآن ، يعني الابتداء الخالص ، فحينئذ لا يحنث باللبس .

(بخلاف الدخول ، لأنه لا يقال دخلت يوماً يعني المدة والتوقيت) إنما قيد بمعنى المدة والتوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت عليه يوماً ، قال إلى كذا وكذا خرجت عنه يوماً قال إلى كذا ، وإقرار الدخول باليوم ، لكن يراد به مطلق الوقت ولا يراد به مضي المدة والتوقيت .

واعلم أن الأفعال على ضربين ، ضرب يقبل الإبتداء وضرب لا يقبله ، والفاصل بينهما قبول التوقيت وعدمه ، قيل التوقيت قبل الإمتداد وما لا فلا ، والاستدامة على الممتد بمنزلة الإنشاء . قال الله تعالى ﴿ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ﴾ ٦٨ الأنعام ، أي فلا يمكث قاعداً ، لأنه ﷺ كان يعظ الناس قاعداً ، وعلى هذا قالوا إذا قال لها كلما ركبت فأنت طالق فمكث ساعة يمكنها للنزول فيها طلقت ، وإن مكثت مثلها طلقت

ولو نوى الابتداء الخالص يصدق ، لأنــه محتمل كلامه . قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيهـا ولم يرد الرجوع اليها حنث ،

أخرى ، لأن للدوام حكم الإبتداء وكلمة كلما يعم الأفعـال تفكر الجزاء بتكسر الشرط . ولو نص بما قال كلما ركبت دابة فعلي أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه في الركوب . وإن كان ما ذكرتم صحيحاً لزمه أكثر من ذلك .

وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مراداً ولهذا قلنا في هذا الفصل إذا كان راكباً وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الإنشاء الخالص غير مراد .

(ولو نوى الإبتداء الخالص) أي لا بقوله إلبث بعد النزع ولا أركب بعـد النزوع (ويصدق) فلا يحنث (لأنه محتمل كلامه) سماه محتمل ، وإن كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء ، لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكباً ، أما إذا كان راكباً في الابتـداء من محتملاته . وقال تاج الشريعة لا يحنث لأنه قد يكون من حيث الابتداء ، وقد يكون من حيث الدوام . وقــد يكون بلفـظ اللبس ، فيكون ناوياً يتخصص ما في لفظه ، فصحت النية .

(قال) أي قال القدوري (ومن حلف لا يسكن هذه الدار) وهو متأهل بدليـل قوله (فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها) ومتاعه مرفوع بالابتداء وأهله عطف عليـه ، وقوله فيها خبر المبتدأ ، أي في الدار ، والواو فيه للحال (ولم يرد الرجوع اليها حنث) وبه قال أحمد ومالك ، وعن مالك لو أقام يوماً وليلة حنث . وفي الأقل لم يحنث . وعند زفر يحنث عقيب اليمين . وقال الشيخ أبو نصر قال الشافعي « رح » يحنث . وقال الكاكي عند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل ، وهذا الخلاف مبني على أصل بيننـا وبين الشافعي « رح » ، وهو أن عنده العبرة بحقيقة اللفظ أو العادة بخلافها لا تعتبر ، وعنـدنا العبرة للعادة ، لأنها صارت على الحقيقة ، والحالف يريد ذلك ، فيحمل كلامه عليه ، ألا ترى أن المديون يقول لصاحب الدين لأجرتك يحمل ذلك على شدة المطل .

لأنه يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً ، فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا ، والبيت والمحلة بمنزلة الدار ، ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف « رح » لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً ، بخلاف الأول ، والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب

(لأنه) أي لأن الحلف (يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً) أي من حيث العرف والعادة ، ثم أوضح ذلك بقوله (فإن السوقي عامة نهاره) أي في أكثر نهاره (في السوق) مشغولاً لما يعانيه من الحرفة أو البيع أو الشراء (ويقول أسكن سكة كذا) بذكر سكة من سكن المدينة ، فهذا يدل على أنه يعد ساكناً من أهله ومتاعه فيها (والبيت والمحلة بمنزلة الدار) أراد أن اليمين يقول لا أسكن هذا البيت ولا أسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله لا أسكن هذه الدار . وفي الخلاصة السكة والمحلة بمنزلة الدار .

(ولو كان اليمين على المصر) بأن حلف لا يسكن في هذا المصر أو في هذا البلد (لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل) بمعنى إذا انتقل إلى مصر آخر بنفسه ولم ينقل الأهل والمتاع لا يحنث في يمينه (فيما روي عن أبي يوسف « رح ») كذا نقل أبو الليث في شرح الجامع الصغير في الأمالي عن أبي يوسف (لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً) وإن لم ينقل الأهل والمتاع قال من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وإن كان أهله ونقله ببغداد (بخلاف الأول) وهو قوله لا أسكن هذا الدار ولا أسكن هذه السكة أو المحلة كما ذكر ، وعند الشافعي المصر كالدار يعني لما ذكر أنه يعتبر حقيقة اللفظ لا العاده .

(والقرية بمنزلة المصر) وفي بعض الشروح والقرية كالمصر ، يعني إذا كان لا أسكن هذه القرية فحكمه حكم من قال لا أسكن هذا المصر (في الصحيح من الجواب) احترز به عن قول بعض مشايخنا أن القرية كالدار ، وهو قول الشافعي « رح » أيضاً ، والأصح أنها كالمصر ، وهو اختيار الشيخ الإمام الأجل برهان الدين والصدر الشهيد وقد عرفت

ثم قال أبو حنيفة « رح » ولا بد من نقل كل المتـــاع ، حتى لو بقي وقـــد يحنث ، لأن السكنى قـــد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منــــه وقال أبو يوسف « رح » يعتبر نقل الأكثر ، لأن نقل الكل قد يتعذر . وقال محمد « رح » يعتبر نقل ما يقوم بـــه كدخذائيته ،

أن جلة هذه المسائل على ثلاثة أوجه ، أما إن كانت المسألة في المصر أو القرية أو الدار ، وقد عرفت حكم كل واحد منها .

(ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل المتاع ، حتى لو بقي فيــه ، وقد يحنث) في يمينه (لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى) أي المسكن (ما بقي شيء منه) أي من المتاع . ونقل صاحب الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية علي بن الجعد وإن ترك فيها إبرة أو مسلة حنث ، وبه قال أحمد . وفي المحيط قال مشايخنا إنما يشترط عنـد أبي حنيفة نقل الكل بما يقصد بــه السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير بر في يمينــــه . واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميـع ما كان معه من الأهل والمتاع ، فإذا خرج بعضه انتفى سكناه ، لأن الكل ينتفي بانتقال البعض . وأجيب بأن الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك ، وينبغي أن ينتقـــل إلى ترك آخر حتى يبرأ .

(وقال أبو يوسف « رح » يعتبر نقل الأكثر) أي أكثر المتاع (لأن نقـــل الكل قد يتعذر) ويبقى الأقل لا يعد ساكناً ، وعليه الفتوى ، كذا في الكافي وفي المحيط (وقال محمد « رح » يعتبر نقل ما يقوم به كدخذائيته) هذه نسبة إلى كدخذا أي بفتح الـكاف وسكون الدال وضم الخاء المعجمة وبالذال المعجمة ، وفي آخره ياء آخر الحروف بعـده الف ساكنة ، وكدخذائي باللغة الفارسية اسم له من البيت الذي له عيال وخدم . وكذا

لأن ما وراء ذلـــك ليس من السكنى . قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس ، وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، حتى يبر

يسمى – كرمى حاره – الذي له كلام في أهلها كداخذ (لأن ما وراء ذلـك) أي لأن ما وراء الكدخذائية (ليس من السكنى) بعد لا يعد من السكنى .

(قالوا) أي قال المشايخ في شرح الجامع الصغير (هذا أحسن وأرفق بالنـاس) وفي شرح الجميع واستحسنه المشايخ ، وعليه الفتوى ، وكذا استحسنه صاحب المحيط . وعن مالك بغير نقل عياله دون متاعه (وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر) أراد به إذا نقل على منزل آخر بلا تأخير لا يحنث . قال العتابي في شرح الجامع الصغير ، فإن لم يكن انتقل من ساعته ، فإن كان ليلاً لم يحنث ، لأنه قدم ما لا يمكنه الإمتناع عنه شيء عن اليمين . وفي خلاصة الفتاوى لو تحقق العذر باللص وغيره ، وهو معذور . ونقل في الأجناس عن الهاروني أنه إذا أخذ في الأهبة فنقله عن المنقلة بطلب الدابـــة أو من يحمل متاعه لا يحنث .

وقال في فتاوى الولوالجي ولو خرج في طلب منزل من ساعته وخلف متاعه لم يحنث، لأن الطلب من عمل النقل . ولو أخذ في النقلة شيئاً فإن كانت النقلات لم تعير لم يحنث ، لأنه في النقل ، فإن كان يمكنه أن يتأخر من ينقل متاعه في يوم ، فليس ذلك ، ولا يلزمه النقـل بأسرع الوجوه ، بل يعذر ما سمي ناقلاً في العرف . وفي الشامل إن لم يمكنه النقـــل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينقل اليه لم يحنث ، لأن حالة الضرورة مستثناة ، خلافاً لزفر . وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقـل أو كان شريفاً أو وضيعاً لا يقدر على النقل إلا منعته بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها لم يحنث حتى يجـد من ينقلها ، ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر .

ونوقض بما ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث ، وكذا لو قال لامرأتـه وهي في منزل والدها إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق منعها الوالد عن الحضور يحنث . وأجيب بأن في مسألة الكتب شرط الحنث المسكني ، وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الإختيار ،

فان انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره ، فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة ، كذا هذا

ولا يحصل الإختيـار مع وجود الموانع المذكورة . وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج ، والعدم لا يحتاج إلى الإختيار .

(فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يـبر) وفي جامع قاضي خان اختلفوا فيه . قال بعضهم لا يحنث ، لأنه لم يبق ساكناً فيها . وقال بعضهم يحنث ، لأن سكناه لا ينقضي إلا بسكنى أخرى لا استدلالاً بمسألة الزيادات ، أشار اليه المصنف بقوله (دليله في الزيادات) أي دليل ماقالوا في كتب الزيادات، ولفظ دليل مرفوع بالابتداء، وخبره قوله في الزيادات ، وقوله (أن من خرج بعياله) بدل منه ، أي بأن خرج رجله (من مصره) ومعه عياله (فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنـه الأول في حق الصلاة) يعني لا يقصر . قال تاج الشريعة صورته رجل بخاري متوطن بها ، خرج منها بعياله إلى سمرقند ، فلمـا وصل إلى الكوفة مثلاً رجع وأراد الذهاب إلى خراسان ، فدخل بخارى فإنه يتم الصلاة، لأنه ما انتقض منها في حق الصلاة ، فكذا في غيرها ، انتهى .

قلت هذا الذي ذكره صورة ما ذكر المصنف . وأما الصورة المـذكورة في الزيادات في كوفي انتقل بأهله ومتاعه إلى مكة ليس وطنها فلما وصلها بدا له أن يعود إلى خراسان فعاد ومر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين ، لأن وطنه بها انقطع ، وإن بدا له قبـل أن يدخلها فإنه إذا مر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين صلى بها أربعاً ، لأنه لم يتخـذ وطناً بقي وطنه بالكوفة .

(كذا هذا) يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لا يسكن هذا الدار انـه إذا انتقل إلى السكنة أو إلى المسجد لا يبر في يمينه ، لأنه لما لم يتخذ وطناً أخرى وطنـه الأول [1] فافهم ، فإنه موضع دقيق .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث، لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر ، فصار كما إذا ركب دابة فخرجت ، ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث ، لأن الفعل لم ينتقل اليه لعدم الآمر

(باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك)

أي هذا باب في بيان حكم اليمين في الخروج ، وهو انفصال من الداخل إلى الخارج ، وذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقاً للمقابلة ، وذكر الإتيان لأنهما يتواردان بعد الخروج ، ذكرهما عند ذكره ، وأراد بقوله – وغير ذلك – نحو قوله لا تخرج امرأته إلا بإذنه . وقوله لرجل إجلس فقعد عندي . وقوله لا تركب دابة فلان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن حلف لا يخرج من المسجد) قيد المسجد اتفاقي ، لأن الحكم في البيت والدار كذلك ، أو نسب عدم الخروج إلى المسجد بناء على غالب حال المسلم ، لأنه في الغالب يكون ملازماً له ولا يخرج منه ، كذلك قالوا . قلت المسألة في الجامع الصغير ، كذا وقعت ، وأوردها كما هي من غير تعبير لفظها (فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث ، لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت به) لأن خروجه ينسب اليه والدابة آلته .

(ولو أخرجه مكرهاً) أي ولو أخرج هذا الحالف إنسان حال كونه مكرهاً (لم يحنث) وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد في رواية (لأن الفعل) أي الخروج (لم ينتقل اليه) أي إلى الحالف (لعدم الآمر) حاصله أنه أخرج ولم يخرج فلم يوجد شرط

ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح ، لأن الإنتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء . قال ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج اليهـــا ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك

الحنث . وقال مالك إن استصعب على الحاصل لم يحنث ، وإن راضى عليه يحنث ، يعني إذا كان قادراً على الإمتناع وسكن عنده ، ويحنث ، لأن سكونه في هذه الحالة بمثابـــة الإذن ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وصورة المسألة في الإخراج فيما إذا حمله الإنسان وأخرجه مكرهاً ، لأنه لم يوجد منه فعل حمل ، أما إذا حدده وجنح بنفسه خوفاً منه حنث لوجود الفعل منه ، وبه قال مالك .

وقال الأترازي أما إذا حمل فرضي به بقلبه ولم يأمره ، فجوابه لم يذكر في الجـــامع الصغير . قال في شرح الطحاوي اختلف المشايخ فيـــه ، قال بعضهم يحنث كما إذا خرج طائعاً ، لأنه لما كان ممكناً من الامتنـــاع فلم يمتنع صار كأمر الإخراج . وقال بعضهم لا يحنث ، لأنه لم يوجد منه فعل ينسب اليه ، ولهذا كان يقول الفقيه أبو جعفر ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي ، ثم في صورة الحمل مكرهاً لا يحنث بالاتفاق ، ولكن هل ينحل اليمين أم لا ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم تنحل ، وعليه السيد أبو شجاع ، فقال سئل شيخنا شمس الأئمة الحلواني عن هذا ينحل اليمين . وقال بعضهم لا تنحل ، وهو الصحيح ، كذا قال التمرتاشي وغيره .

(ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح) أي القول الصحيـــح احترازاً عن قول بعض المشايخ ، وقد مر ذكره (لأن الإنتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء) أي لأن انتقـــال الفعل اليه يكون بأمره ، ولا يكون بمجرد رضاه ، ففيه دليل أن من أمر إنساناً بإتلاف ماله فأتلفه لم يضمن ، وإن أتلفه بغير أمره وصاحب المال ساكت لا ينهاه ضمن ، لأن فعله لم ينتقل إلى صاحب المال .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج اليها ثم أتى إلى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج مستثنى ، والمضي بعد ذلك)

ليس بخروج . ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها، ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط ، إذ الخروج هو الإنفصال من الداخل إلى الخارج . ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها ، لانه عبارة عن الوصول . قال الله تعالى ﴿ فاتيـــا فرعون فقولا ﴾ ١٦ الشعراء ، ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالإتيان ، وقيل كالخروج. وهو الاصح ، لانه عبارة عن الزوال

أي بعد الخروج المستثنى (ليس بخروج) لأن الخروج انفصال من الباطن إلى الخـــارج ولم يوجد ، والوجود الإتيان إلى حاجة ليس بخروج ، لأنه عبارة عن الدخول ، والخروج عن الإنفصال ، ولا دوائم للخروج بالإجماع .

(ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها) أي يريد مكة (ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط إذ الخروج هو الإنفصال من الداخل إلى الخـارج) والانفصال لا يمتد (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلهـا لأنه) أي لأن الإتيـــان (عبارة عن الوصول ، قال الله تعالى ﴿ فاتيـا فرعون فقولا ﴾ ١٦ الشعراء) لأن القول لا يكون إلا بعد الوصول اليه .

(ولو حلف لا يذهب اليها) أي إلى مكة (قيل هو كالإتيان) أي حكمه حكم ما لو قال لا يأتيها ، وهو قول نصر بن يحيى (وقيل هو كالخروج) أي حكمه حكم ما لو قال لا يخرج إلى مكة ، وهو قول محمد بن سلمة . حاصل هذا أنه ثلاث مسائل، الخروج والإتيان والذهاب ، ففي مسألة الخروج يحنث ، وفي مسألة الإتيان لا يحنث ، وأما مسألة الذهاب فلم يذكر جوابها في الجامع الصغير ، واختلف فيـه المشايخ كما ذكرناه (وهو الأصح) أي الأصح قول من قال إن الذهاب كالخروج ، وهو قول محمد بن سلمة.

(لأنه) أي لأن الذهاب (عبارة عن الزوال) وقد استعمل الذهاب في الأمرين جميعاً بمعنى الإتيان كما قال الله تعالى ﴿ إذهبا إلى فرعون ﴾ والمراد به الإتيان والإذهاب الإزالة،

قال وإن حلف ليأتين البصرة ، فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لان البر قبل ذلك مرجو ، ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع، فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة،

فيكون الذهاب زوالاً فلا يشترط فيه الوصول . وفي بعض النسخ بعد قوله ومعنى الإزالة كما في قوله تعالى ﴿ ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ﴾ ٣٣ الأحزاب ، أي ليزيل عبارة عن الزوال ، وليس هذا الموجود في كثير من النسخ .

(قال) أي القدوري في مختصره (وإن حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن البر قبل ذلك) أي قبل الموت (مرجو) إلا أن الحالف ما دام حياً مرجي وجود البر ، وهو الإتيان فلا يحنث ، فإن مات فقد تعذر شرط البر ، ، وتحقق شرط الحنث ، وهو ترك الإتيان فيحنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن هذا اليمين مطلقة عن الوقت . بخلاف اليمين الموقتة ، مثل أن يقول إن لم أدخل هذه الدار اليوم فعبدي حر ، فإن اليوم معلق بآخر الوقت ولم يدخل الدار يحنث ، أما إذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي يحنث ويعتق العبد .

(ولوحلف ليأتينه غداً إن استطاع) أي لو حلف رجل ليأتني زيداً في غد إن استطاع على ذلك (فهذا على استطاعة الصحة) أي صحة الأسباب والآلات ، لأن الاستطاعة تطلق على معنيين ، أحدهما هذا ، قال الله تعالى ﴿ ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً ﴾ ١٩٦ البقرة ، وفسره رسول الله ﷺ بالزاد والراحلة ، والثاني القدرة الحقيقية ، وهو معنى قوله (دون القدرة) أي لا يحمل على القدرة الحقيقية التي يترتب عليها الفعل عند إرادة جازمة يخلق الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا ، خلافاً للمعتزلة ، فعندهم سابقة على الفعل ، وبه قال الكرامية ، وتسمى هذه الإستطاعة القضاة على ما يجيء . وقال الأترازي وقول القدرة فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة ، وقد أراد بالأول استطاعة الحال ، وبالثاني استطاعة الفعل لنا فيه نظر ، لأن المفهوم من قوله — دون القدرة — دون استطاعة القدرة ، فكأنه قال دون قدرة القدرة لأن للاستطاعة

وفسره في الجامع الصغير . وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر على إتيانه ، فلم يأت حنث ، وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا لان حقيقة الإستطاعة فيما يقارن الفعل ، ويطلق الإسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة ،

والقدرة من الألفاظ المترادفة ، وهي عبارة ركيكة . ولو قال دون الفعل فكان دون القدرة كان أولى ، فلعله سهو من الكاتب صحف القدر بالنجاة وكتب القدرة مكانه .

(وفسره في الجامع الصغير) أي محمد فسر حكم هذه المسألة في الجامع الصغير (فقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر معه على إتيانه ، فلم يأت حنث)وإذا امتنع من الإتيان لعذر مرض أو منع سلطان ونحو ذلك لا يحنث ، لأنه ليس بمستطيع ، وإذا امتنع بلا عذر يحنث ، لأنه مستطيع (وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) أي استطاعة القضاء والقدر التي يقارن الفعل عند أهل السنة ، وسمي استطاعة القضاء لأن الفعل يوجد بإيجاد الله تعالى وقضائه وقدرته ، فاذا قضى بوجود الفعل أوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل ولم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة ، لأنها خلقت لأجل ذلك الفعل انقضى عليه بالوجود فتمت استطاعة القضاء ، فلا يحنث ديانة أبداً ، لأنه في أي حال لم يفعل هو غير مستطيع حقيقة ، لأنها تسبق الفعل ، ذكره البزدوي في مبسوطه وجامعه .

(وهذا) أشار به إلى قوله ما قبله (لأن حقيقة الإستطاعة فيما يقارن الفعل) يعني لا تسبق الفعل وهي عرض يخلقه الله تعالى مع الفعل معاً ، وهي علية للفعل عندنا وزعمت المعتزلة أنها سابقة على الفعل وموضع هذا علم الكلام (ويطلق اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف) لأن الغالب في كلام الناس هذه الإستطاعة لا استطاعة الفعل يحمل المطلق على المتعارف ، وهو معنى قوله (فعند الإطلاق ينصرف اليه) أي إلى المتعارف (ويصح نية الأول) وهو استطاعة الفعل (ديانة) يعني من حيث

لانه نوى حقيقة كلامه، ثم قيل يصح قضاء أيضاً لما بينا ، وقيـــل لا يصح ، لانه خلاف الظاهر . قال ومن حلف لا تخرج امرأته إلا باذنه فأذن لها مرة ، فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بد من الإذن في كل خروج ، ولان المستثنى خروج مقرون بالإذن ، وما وراءه داخل في الخطر العام . ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء ، لانه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر . ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم

الديانة ، يعني فيما بينه وبين الله تعالى (لأنه نوى حقيقة كلامه) لأنها ممـــا يطلق على اسم الاستطاعة بالنصوص حتى امتنع عن الإتيان بعذر أو بغير عذر لا يحنث ، أراد في يمينه ، لأن الاستطاعة لم توجد أنها لا تسبق الفعل ، ولكن هل يصدق قضاء فيه اختلاف الرواية أشار اليه بقوله :

(ثم قيل يصح) أي يصح نية الإستطاعة قضاء . قال الشيخ أبو نصر قال الطحاوي يصدق (قضاء أيضاً لما بينا) أراد قوله لأنه نوى حقيقة كلامه (وقيل لا يصح) وهو قول أبي بكر الرازي (لأنه خلاف الظاهر) فيه تحقق له .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه ، فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بـد من الإذن في كل خروج ، لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن) لأن تقديره والله لا تخرجي إلا خروجاً ملصقـــاً بإذني ، لأن الباء للالصاق يقتضي ملصقـــاً وملصقـــاً به (وما وراءه) أي وما وراءه المستثنى (داخل في الخطر العام) لأن اليمين باقية ، لأنـــه نهاها عن الخروج عاماً بوقوع النكرة في موضع النفي .

(ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر) لكونه مخالفاً لمقتضى الباء (ولو قال إلا أن آذن لـــك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم

خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث ، لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به ، كما إذا قال حتى آذن لك ، ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إن أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه، وهذه تسمى يمين فور .

خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) لوقوع الكفاية بإذن واحد ، واعترض عليه بقوله تعالى ﴿ لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم ﴾ ٥٣ الأحزاب ، وكان مراد الإذن لازماً أجيب بأن ذلك بدليل خارجي ، وهو قوله تعالى ﴿ إن ذلكم كان يؤذي النبي ﴾ (لأن هذه) أي قوله إلا أن آذن لك (كلمة غاية)يعني تفيد معنى الغاية ، لأن لآن[1] موضوع لما ، بل الاستثناء تعذر حمله عليه ، لأن صدر الكلام ليس من جنس الاذن ، حتى يستثنى الاذن منه ، فجعل مجازاً عن حق المناسبة بينهما ، وهو أن حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده (فينتهي اليمين به) أي بإذنه (كما إذا قال حتى آذن لك) حيث ترتفع اليمين بالاذن ، لأنه يصير غاية فترتفع به اليمين .

(ولو أرادت المرأة الخروج) أي لو أرادت المرأة الخروج (فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده ، فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر ، فتركه ثم ضربه) لم يعتق ، وكذلك الرجل يقول لآخر إجلس فقعد فيقول إن تغديت فعبدي حر ، ثم أتى أهله في ذلك فتغدى عندهم لم يحنث، إنما اليمين في ذلك على الفور (وهذه تسمى يمين الفور) أي يمين الحال،وهي كل يمين خرجت جواباً بالكلام أو بناء على أمر يتقيد بذلك ، بدلالة الحال ، ولا يحنث في يمينه استحساناً، خلافاً لزفر . والفور مصدر فارت القدر إذا غليت فاستعير للسرعة ، ثم سميت الحالة

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

وتفرد أبو حنيفة « رح » باظهاره ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفاً ، ومبنى الأيمان عليه . ولو قال رجل اجلس فتغذ عندي فقال إن تغذيت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله وتغذى لم يحنث ، لأن

التي ليس فيها به فصل ، جاء فلان فخرج من فوره ، أي من ساعته ، وفي الفوائد الظهيرية سميت بهذا الاسم باعتبار ثوران الغضب .

(وتفرد أبو حنيفة « رح » بإظهاره) أي لم يبينه أحد فيه ، وكانوا يقولون اليمين على نوعين مطلقة ومقيدة بوقت ، فاستنبط أبو حنيفة فيها قسماً ثالثاً وهي مطلقة لفظاً وموقتة معنى ، وإنما أخذها من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما وابن جبير دعيا إلى نصرة إنسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك لم يحنثا وأقر في ذلك العرف ومبنى الأيمان على العرف .

(ووجهه) أي ووجه هذا الكلام (أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة) في قوله إذا أراد رجل ضرب عبده (والخرجة) في قوله إذا خرجت فأنت طالق (عرفاً) يعني من حيث العرف (ومبنى الأيمان عليه) أي على العرف وحاصل الكلام أن قصد الزوج في مسألة الخروج منعها من الخروج الذي شبهت قوله فصار كأنه قال إن خرجت هذه الخرجة فقصدت اليمين بتلك الخرجة ، وكذلك قصده أن يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهيأ له ، فكأنه قال إن ضربت هذه الضربة التي تهيأت لها فتعينت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحالة عرفاً .

(ولو قال له رجل إجلس فتغذ عندي ،فقال إن تغديت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله) وفي بعض النسخ فخرج إلى منزله (وتغدى لم يحنث) أي في الاستحسان ، والقياس أن يحنث ، وهو قول زفر والشافعي « رح » لأنه عقد يمينه على مطلق الغد يتناول كل غد ، كما لو قال ابتداء والله لا أتغدى ، ووجه الاستحسان وهو قوله (لأن

كلامه خرج مخرج الجواب ، فينطبـــق على السؤال ، فينصرف إلى الغداء المدعو اليه ، بخلاف ما إذا قال إن تغديت [1] اليوم ، لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً ، ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة «رح»

كلامه خرج مخرج الجواب)بكلامه (فينطبق على السؤال ، فينصرف إلى الغداء المـدعو اليه) فصار كأنه قال إن تغديت الغداء الذي دعوتني اليه فانصرف يمينه إلى ذلك الغد بدلاله الحال .

(بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم ، لأنه زاد على حرف الجواب) لأنــه ينصرف كلامه إلى الغداء المدعو اليه فلا يتقيد يمينه بذلك ، فلا يجعل في كلامه بانياً على سؤال الرجل (فيجعل مبتدئاً) في الكلام محترزاً عن الغاء الزيادة التي تكلم فيها .

فان قيل ليس كذلك بأن الله تعالى قال ﴿ وما تلك بيمينك يا موسى ،قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على ﴾ ... الآية ١٨ طه ، فقد زاد على قدر الجواب ، ومع ذلـك جعل مجيباً لا سيداً . قلنا كلمة ما مستعمل للسؤال على الذات والسؤال عن الصفات ، ولما استعمل في حيز السؤال أثبته على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات والصفة فجمع بينهما ليكون مجيباً على كل حال .

(ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله) يعني إذا لم ينو ، ولا بد من تقدير هذا لأجل الاستثناء الذي يأتي الدابة ما يدب على الأرض لغة ، ولكن المراد من دابة فلان فرسه وحماره وبغله ، حتى لو ركب بعيره أو بغلته لم يحنث ، والقياس أن يحنث ، لأن اسم الدابة يتنــاولها حقيقة . وفي الاستحسان لا يحنث لعلمنـــا أنه لم يرد الضهم في كل ما يدب على الأرض ،

---

(١) هكذا في الأصل ، يذكرها بإعجام الذال مرة وأخرى باهمالها . اه مصححه .
(٢) هكذا في الأصل .

إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث ، وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده ، وإن كان الدين غير مستعرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه ، لأن الملك فية للمولى، لكنه يضاف إلى العبد عرفاً ، وكذا شرعاً . قال عليه السلام من باع عبداً وله مال فهو للبائع .. الحديث

وقد عقد يمينه على فعل الركوب ، فيتناول ما يركب من الدواب في الغالب ، والضهم في البغال والحمير مؤيدة قوله تعالى ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها ﴾ ٨ النحل ، فمر بالركوب فيها وفي الأنعام بالأكل بقوله ﴿ والأنعام خلقها لكم ﴾ ... الآية ، والفيل والبقر ، وإن كان يركب في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين يتناوله أن البقر والجاموس يركب أيضاً في بعض المواضع ثم لا يفهم أحد من قول القائل لا تركب دابة فلان البقرة إلا أن ينوي جميع ذلك فيقع عليه ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه ، ولو نوى الخيل وحدها لا يصدق لا قضاء ولا ديانة ، لأن في لفظه لفظ الركوب لا المركب وبنيته يصح في اللفظ لا فيا لفظه التخصيص .

(إلا أنه) أشار من يقدر غير ملفوظ ، وهو الذي قدرناه بعد قوله لم يحنث ، يعني إذا لم ينو يعني لا يحنث بركوب دابة العبد المأذون ، سواء كان عليه دين أو لم يكن إذا لم ينو ، إلا أنه (إذا كان عليه دين مستغرق) بكسر الراء (لا يحنث وإن نوى) واصل بما قبله ، أي وإن نوى ركوب العبد (لأنه لا ملك للمولى فيه) أي في العبد الذي استغرق دين كسبه (عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه) فاذا نواه حنث (لأن الملك فيه للمولى ، لكنه مضاف إلى العبد عرفاً) أي من حيث العرف ، حيث يقال دابة عبد فلان (وكذا) أي وكذا يضاف إلى العبد (شرعاً) أي من حيث الشرع ، واستدل عليه بقوله (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (من باع عبداً وله مال فهو للبائع الحديث) قال الأترازي كذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير . وقال الكافي

فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف « رح » في الوجوه كلها يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة . وقال محمد « رح » يحنث وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك ، إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

وتمامه فما له لمولاه . وفي بعض الروايات فهو لبائعه . قلت هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع (فتختل الاضافة إلى المولى) لانه يضاف إلى المولى (فلا بد من النية) ويضاف إلى العبد أيضاً ولا يدخل تحت مطلق الأضافة إلا بالنية .

(وقال أبو يوسف في الوجوه كلها) أي فيما إذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين مستغرق أو غير مستغرق (يحنث إذا نواه لاختلال الاضافة) أي إضافة الدابة تارة إلى المولى وتارة إلى العبد كما ذكرنا .

(وقال محمد « رح » يحنث) أي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين أولا، وسواء كان الدين مستغرقاً أو لم يكن ، وسواء نوى أو لم ينو ، لأن دابة مملوك له ، فوجب أن يحنث ، لأن العبد وما في يده لمولاه (وإن لم ينو) واصل بما قبله (لاعتبار حقيقة الملك) يعني للمولى (إذ الدين لا يمنع وقوعه) أي وقوع الملك (للسيد عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد ، ويقول قال مالك والشافعي « رح » وأحمد ، ولو ركب دابة مكاتبه لا يحنث في قولهم جميعاً . ولو قال أعتقت عبدي وله عبد فهو على هذا الخلاف .

* * *

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها ،

(باب اليمين في الاكل والشرب)

أي هذا باب في بيان حكم ما إذا حلف لا يأكل أو لا يشرب لما ذكر أول حاجة الإنسان ، وهو المسكن ذكر بعده ما يحتاج اليه في البقاء وهو الأكل والشرب ، والأصل أن الأكل إيصال شيء إلى جوفه مما يتأتى فيه المضغ والهشم مهشوماً ممضوغاً أوغير ممضوغ، والشرب إيصال شيء إلى جوفه مما لا يتأتى فيه الهشم والمضغ والذوق عبارة عن معرفة الشيء من غير إحالة عينه أن الحقيقة تترك بدلالة حالة المتكلم كما في يمين الفور ، وبدلالة محل الكلام ، وبدلالة اللفظ في نفسه ، وبدلالة العادة . وذكر الزندوسي الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق. والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه . والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة ، فعلى هذا لو حلف لا يأكل شيئاً فابتلع ما فيه لا يحنث لكن ذكر في فتاوى أبي الليث مسألة تدل على الحنث ، ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمضغ ويرمي تفله ويبلع ماء لم يحنث ، لأن هذا يسمى مصاً لا أكلا ولا شرباً .

والحاصل أن الذي يصل إلى جوف الإنسان أربعة أوجه مأكول ومشروب وممضوغ وملعوق ، فذكرت الثلاثة الأول وبقي اللعوق ، وهو ما يتناوله باللحس بالاصبع والشفاه، ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فشربه لم يحنث إذا ثرد فيه . ولو حلف لا يثرد فيه فأكله لا يحنث ، قالوا هذا إذا كانت اليمين بالعربية ، أما إذا كانت بالفارسية فأكل أو شرب يحنث ، وعليه الفتوى ، كذا في الوجيز وفتاوى قاضي خان .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) أي اليمين

لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه ، وهو
الثمر ، لأنه سبب له فيصلح مجازاً عنه ، لكن الشرط أن لا يتغير
بصبغة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وإن
حلف أن لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث ،

على ثمرها بالثاء المثلثة ، حتى لو كانت لا ثمرة لها يقع على ثمنها ، ذكر في الفوائد الحميدية في فتاوى الولوالجي إذا أكل عين النخلة لا يحنث وإن نوى (لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه وهو الثمر ، لأنه سبب له) الضمير في منه وفي لأنه يرجع إلى ما في قوله إلى ما يؤكل وهو عبارة عن النخلة ، لأن النخلة لما كانت سبباً لا يخرج منها (فيصلح مجازاً عنه) الضمير في عنه يرجع اليها فيما يخرج ، وكونه مجازاً بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب .

(لكن الشرط أن لا يتمين) أي ثمر النخلة ، بصبغة جديدة ، حتى لا يحنث بالنبيذ) أي بالنبيذ الذي يعمل من ثمرها (والخل) أي وكذا لا يحنث بالخل الذي يفعل منه (والدبس المطبوح) أي وكذا لا يحنث بالدبس المطبوخ منه ، لأن ما صنع من ذلك الثمر من الأشيـــاء المذكورة ليس بثمر ، كما إذا حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل من الزبيب أو عصيره لا يحنث ، وإنما قيد الدبس بالمطبوخ احترازاً عما إذا أطلق الدبس على مايصير من الرطب وغيره ، ذكر في الذخيرة ، وفي المجمل الدبس عصارة الرطب .

(وإن حلف لا يأكل من هذا البسر) فهو على ما يخرج منه ، وهو حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه ، أي عصيره . ولو أكل من خل من ذلك لم يذكر محمد في الجامع الكبير . وقال البستاني في شرح الجامع الكبير ينبغي أن لا يحنث ، لأنه لا يخرج من النخل والكرم كذلك ، وذكر الفقيه أبو الليث أنـــه لا يحنث . وإن حلف لا يأكل من هذا البسر قال الجوهري البسر أوله طلع ثم حلال ثم ملح بسر ثم رطب ثم تمر ، والواحدة بسرة (فصار رطباً فأكله لم يحنث) لأن اليمين إذا تعلقت باسم تبقى ببقاء ذلك الإسم ، وتزول بزواله عليها ما يبقى .

وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار الرطب تمراً أو صار اللبن شيرازاً لم يحنث ، لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين ، وكذا كونه لبناً فيتقيد به ، ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه ، بخلاف ما إذا حلف لا يتكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ ،

(وكذا) أي وكذا لم يحنث (إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار الرطب تمراً واللبن شيرازاً لم يحنث) أي أو صار اللبن شيرازاً بكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وبالراء بعدها الألف في آخره راء ، وهو اللبن الرائب ، أي الخاثر إذا استخرج ماءه ، قاله الأترازي . وقال الكاكي مثله ، إلا أنه قال بعده حتى صار الصغير أط كالفالوذج الخاثر ، ولم يذكره الجوهري ، ويفهم من كلام صاحب المغرب أنه فارسي وليس بعربي ، وهذا التغيير الذي ذكر يقال له في لغة البلوين — قيرس — وهو الجبن ، يجعل في خرقة ويعقد رأسها ويعلق عليه وتد ويتقاطر منه الماء الذي فيه جميعه ويصير كالفالوذج .

(لأن صفة البسورة والرطوبة) وهي كونها بسراً ، أو الرطوبة وهي كونها رطباً (داعية إلى اليمين) فلا ينصرف إلى ما يتخذ منه ، والقاعدة في هذا أن اليمين إذا انعقدت على يمين كان موصوفاً تدعو ذلك الوصف إلى اليمين فتنعقد اليمين تبعاً لذلك الوصف فيتنزل منزلة الإسم ، فلذلك لا يحنث في الصورة المذكورة .

(وكذا كونه لبناً) داع إلى اليمين (فيتقيد به) أي باللبن حتى لا يحنث بأكل شيرازة وقال الشافعي « رح » يحنث وتوقفه فيه بعض أصحابه (ولأن اللبن مأكول فلا تنصرف اليمين إلى ما يتخذ منه) أي من اللبن مثل زبدة وشرازة ، لأن ما عقد عليه اليمين عنه توكل فلم ينصرف إلى ما يتخذ منه ، أي من اللبن (بخلاف ما إذا حلف) جواب عما يقال فعلى ما ذكرتم إذا حلف (لا يتكلم هذا الصبي أو هذا الشاب ، فكلمه بعدما شاخ) ينبغي أن لا يحنث ، لأن الصبا مظنة الشفقة والشباب شعبة من الجنون ، فكانا وصفين

لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه ، فلا يعتبر الداعي داعياً في الشرع . ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعدما صار كبشاً حنث ، لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين ، فإن الممتنع عينه أكثر امتناعاً عن لحم الكبش . قال ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث ، لأنه ليس ببسر . ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو حلف لا يأكل رطباً ولا بسراً فأكل مذنباً

داعين إلى اليمين ، وقد زالا عند الشيخوخة ، فكان الواجب أن لا يحنث . فأجاب بقوله بخلاف ما إذا حلف أي الحالف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه أى فكلم الصبي أو الشاب بعدما صار شيخاً حنث .

(لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه) قال النبي ﷺ من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ، وترك الرحم للصغير وترك التوقير للكبير من أعظم الهجران (فلا يعتبر الداعي) يعني إلى هذا اليمين (داعياً في الشرع) لأن المهجور شرعاً كالمهجور عادة ، فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة ، فيحنث في يمينه . واعترض على دليل الكتب بأن سلمنا أن هجران المسلم حرام ، لكن الحرام يقع محلوفاً عليه ، كما لو قال والله لیشربن الخمر خمراً . وأجيب بأن الكلام في الحقيقة يجوز أن يترك هجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملاً للمجاز حملاً من المسلم على الصلاح . وأما أن ينعقد اليمين على الحرام المحض فلا كلام فيه .

(ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل) بفتح الحاء المهملة والميم ، وهو ولد الضأنيـة في السنة الأولى ، والجمع حملان (فأكل بعدما صار كبشاً حنث ، لأن صفة الصغـر في هذا ليست بداعية إلى اليمين ، فإن الممتنع عينه) أى عين الحمل (أكثر امتناعاً عن لحم الكبش) فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث ، لأنه ليس ببسر . ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو حلف لا يأكل رطباً أو بسراً فأكل مذنباً)

حنث عند أبي حنيفة « رح ». وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب ، لأن الرطب المذنب يسمى رطباً ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه ، فيكون أكله أكل البسر والرطب ، وكل واحد مقصود في الاكل

بكسر النون ، وهو ما يبدأ الارطاب من قبل ذنبه ، وتفسيره البسر المذنب هو الذى عامته بسر وفيه شيء من الرطب من قبل ذنبه (حنث عند أبي حنيفة رضي الله عنه) ذكر المصنف أبا حنيفة وحده . وذكر في الإيضاح والمبسوط والاسرار وشروح الجامعين قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث . وفي النهاية والله أعلم بصحته . وفي الكافي هكذا ذكر في الهداية ، والنسخ المعتبرة تشهد بأنه مع أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد .

(وقالا) أبو يوسف ومحمد ، وبه قال الاصطخرى وأبو علي من أصحاب الشافعي « رح » (لا يحنث في الرطب ، يعني بالبسر المذنب ، ولا في البسر بالرطب المذنب) أى ولا يحنث في قوله لا يأكل بسراً فأكل رطباً مذنباً (لأن الرطب المذنب يسمى رطباً ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء) يعني لو حلف لا يشترى رطباً فاشترى بسراً مذنباً لا يحنث .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه) وهو ما يكون في ذنبه قليل رطب (فيكون أكله) أى أكل كل واحد من الرطب المذنب والبسر المذنب (أكل البسر والرطب) فيحنث في الصورتين ، وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوب ، ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق ، وعلل المصنف بقوله (وكل واحد مقصود في الأكل) لأن الأكل فعل حسن ، وهو المضغ والابتلاع ، وكل جزء مقصود بالأكل ، لأنه إنما يأكل شيئاً فشيئاً فتحقق أكل

بخلاف الشراء ، لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير . ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث ، لان الشراء يصادف الجملة ، والمغلوب تابع . ولو كانت اليمين على الاكل يحنث ، لان الاكل يصادفه شيئاً فشيئاً ، فكان

البسر والرطب من الحالف فيحنث (بخلاف الشراء) لأن كل جزء غير مقصود بالشراء (لأنه) أي لأن اليمين (يصادف الجملة) يعني يضاف إلى الجملة (فيتبع القليل فيه الكثير) لأن المغلوب يكون تبعاً للغالب .

فإن قلت يشكل إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء غلب اللبن لا يحنث ولا شرب المحلوف عليه وزيادة . قلت إن اللبن بانصباب الماء فيه يتسع في جميع أجزاء الماء ، فيصير مشتبهاً ، ولهذا لا ترى مكانه بخلاف مانحن فيه ، لأنه يرى مكانه وكان قائماً زمان التناول .

فإن قلت بلى ، ولكن الحنث إلا بالمضغ والابتلاع ، وعند ذلك يصير مستهلكاً ، وصار هذا بمنزلة ما لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيراً فيه حبات حنطة إن أكل حبة يحنث ، وإن جمع بين الحبات من النوعين في الأكل لا يحنث ، لأنها إذ ذاك تصير مستهلكة قلت يعني الإستهلاك فيما ذكرت من النظير أظهر وأبين لأنه إذ ذاك لا يحنث من طعم الحنطة شيئاً في حلقه ، بخلاف ما إذا أكل مذنباً أو رطباً مذنباً ، لأنه يجد في حلقه شيئاً من خوصة البسر وحلاوة الرطب .

قال أي محمد وليس في كثير من النسخ لفظة قال (ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر) بكسر الكاف وهو الفتو والفتا أيضاً . وقال لعود القذف وهو عومة الكباسة العرجون والاهان ، كذا ذكر أبو عبيد في غريب المصنف (فيها) أي في الكباسة (رطب لا يحنث ، لأن الشراء يصادف الجملة ، والمغلوب تابع) للغالب ، وهذه المسألة كالبيان للمسألة المتقدمة ، وهو ظاهر .

(ولو كانت اليمين على الأكل يحنث) بأن حلف لا يأكل رطباً فأكله من كباسة بر فيها رطب يحنث (لأن الأكل يصادفه) أي يصادف الرطب (شيئاً فشيئاً ، فكان

كل منهما مقصوداً وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيراً أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا قال ولو حلف لا يأكل لحماً فاكل لحم السمك لا يحنث ، والقياس أن يحنث ، لانه يسمى لحماً في القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية ، لان اللحم منشأه من الدم ،

كل واحد منهما) أي من الرطب والبسر (مقصوداً ، فصار حكمه كما إذا حلف لايشترى شعيراً أو لا يأكله) أي لو حلف لا يأكل شعيراً (فاشترى حنطة فيها حبات شعير فأكلها يحنث في الأكل دون الشراء) أي لا يحنث في الشراء (لما قلنا) وهو أن الشراء يصادف الجملة ، والأكل يصادفه شيئاً فشيئاً . ولو عقد اليمين على البر يحنث في الوجوه كلها ، لأن الحقيقة تركب في الأمر للعرف ، ولا عرف للبر ، فتعتبر الحقيقة ، بخلاف القطن والكتان ، بأنه لو حلف لا يمس قطناً أو كتاناً فمس ثوباً اتخذ من قطن أو كتان لا يحنث فيهما .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لا يحنث) وهو ظاهر مذهب الشافعي وأحمد (والقياس أن يحنث) وهو قول مالك وأحمد في رواية وبعض أصحاب الشافعي (لأنه يسمى لحماً في القرآن) قال الله تعالى ﴿ ومن كل تأكلون لحماً طرياً ﴾ ١٢ فاطر ، والمراد منه لحم السمك بالفعل . وقال في شرح الطحاوى وروى عن أبي يوسف أنه قال يحنث .

(وجه الاستحسان أن التسمية) أي تسمية لحم السمك (مجازية) أي بطريق المجاز (لأن اللحم منشأه من الدم) ولحم السمك لا ينشأ من الدم ، إذ الدموي لا يسكن الماء ولا يباح عن مطلقة بدلالة الألفاظ ، ومبنى الأيمان على العرف لا على الفاظ القرآن ، ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب كافراً لا يحنث بالإجماع ، وإن سماه في القرآن دابة ، والعرف معنا ، لأنه لا يسمى بائعه لحماً ولا مستعمل استعمل اللحوم في المباحات ، إلا أن ينوي فحينئذ يعتبر ، لأنه لحم من وجه فيه تشديد عليه . ولو حلف لا يجلس على الوتد

ولادم فيه لسكونه في المـــاء ، وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث ، لانه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد يعقد للمنع من الحرام ،

فجلس على الجبل لا يحنث ، وإن كان قال الله تعالى ﴿ والجبال أوتادا ﴾ ٧ النبـأ ، لأن اللحم منشأه من الدم (ولا دم فيه لسكونه في الماء) لأن بين الدم والماء منافاة في طبعها. فإن قلت الدم موجود في السمك . قلت دم ضعيف ، لأن الدم إذا شمس اسود [١] ، ودم السمك ليس كذلك .

(وإن أكل لحم خنزير أو إنسان) أي أو لحم إنسان (يحنث) وبه قال مالك وأحمد والشافعي « رح » في قول (لأنه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد ينعقد للمنع من الحرام) والحرام لا يمنع انعقاد اليمين ، ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شراباً فشرب الخمر يحنث . واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بمـــا هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض ، فكيف يتعلق وجوبـــه . وأجيب بأن هذه مغالطة ، لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت ، وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك ، هذا الذي ذكره الأكمل رحمه الله .

وقال الأترازي فإن قلت قد ثبت قبل هذا أن مبنى الأيمـــان على العرف ولا سبق أوهام الناس من لفظ اللحم أنه لحم الخنزير والإنسان ، فينبغي أن لا يحنث . قلت أن الناظر لو ينظر إلى لحم الخنزير أو الإنسان سماه لحماً على الإطلاق ، بخـلاف لحم السمك ، فإنه لا يسمى لحماً على الإطلاق ، فظهر الفرق . وقال الكافي ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة ، فكيف يجب بالحرام المحض ، لأنا نقول الحـــل والحرمة يراعى في السبب لا في الشرط ، وسبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث ، وإنما لا يجوز به التكفير قبل الحنث ليكون اليمين موصوفاً بالإباحه والخطر . وأصل اليمين مباح ، والحنث حرام ، كذا قيل. وقال الشافعي في وجه لا يحنث ، وبه قال أشهب المالكي ، لأن اليمين يقع على العادة،

---

(١) في الأصل – أسعد – وربما الصحيح ما ذكرناه ، اهـ مصححه .

وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً لأنه لحم حقيقي ، فإن نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث ، لأنه لا يعد لحماً

وهذا قال الزاهد العتابي من أصحابنا ، فلا يحنث ، وعليه الفتوى ، ذكره في الكافي . وقال الأترازي قال الإمام السفناقي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والآدمي ، قيل الحالف إذا كان مسلماً ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمتعارف ، ومبنى الأيمان على العرف ، ثم قال وهو الصحيح .

(وكذا) أي وكذا يحنث (إذا أكل كبداً أو كرشاً) فيما إذا حلف لا يأكل لحماً (لأنه لحم حقيقة) أي لأن كل واحد من الكبد والكرش لحم حقيقة ، وفيه نظر لايخفى (فإن نموه) بضم النون والميم وتشديد الواو المفتوحة ، وهو مصدر نما ينمو نماه الله ، إنما قال الجواهري نما المال وغيره ينما نما وربما قالوا ينمو نمواً . وقال الكسائي لم أسمعه بالواو ، وحكى أبو عبيدة من ينمو وسمى (من الدم ويستعمل استعمال اللحم) وفيه نظر أيضاً .

(وقيل في عرفنا لا يحنث ، لأنه لا يعد لحماً) ينبغي أن يكون هذا صحيحاً . قال في خلاصة الفتاوى ولو أكل شيئاً من البطون كاللبن والطحال يحنث ، هذا في عرف أهل الكوفة ، وفي عرفنا لا يحنث ، وكذا قال صاحب المحيط في عرفنا لا يحنث ، لأنه لا يعد لحماً ولا يستعمل استعمال اللحوم ، قلت هذا ظاهر ، فلا يقال لبياع الكبود لحماً ولا لبياع الكروش لحماً ولا يستعملان في الطباخ موضع اللحم . وفي المحيط لو أكل اللحم التي قيل يحنث ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقيل لا يحنث ، وبه قال مالك . ولو أكل الرأس والأكارع يحنث ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد في رواية ، ويأكل القلب يحنث عندنا ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، ولهذا قال عليه‌السلام أنه في الجسد مضغة والمضغة القطعة من اللحم . وقال الشافعي « رح » في الأصح لا يحنث وبأكل الشحم والإلية لا يحنث إلا إذا نوى في اليمين باللحم ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد وبأكل شحم الظهر يحنث ، وبه قال الشافعي في الأصح ومالك في وجه لا يحنث ، وبه قال أحمد

قال ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يحنث في شحم الظهر أيضاً ، وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب بالنار ، وله أنه لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ، ويستعمل استعماله ويحصل به قوته . ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم

لأنه يعرف باسم آخر ، قال الله تعالى ﴿ حرمنا عليهم شحومها إلا ما حملت ظهورهما ﴾ ١٤٦ الأنعام .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة رضي الله عنه) حتى لو أكل كل شحم وهو الذي خالطه لحم لم يحنث عنده ، وهو الصحيح . وقال الطحاوي رحمه الله قول محمد مثل قول أبي حنيفة « رح » ، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي « رح » في الأصح ومالك .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (**يحنث في شحم الظهر أيضاً، وهو اللحم السمين**) وبه قال الشافعي « رح » في وجه واحد في رواية (لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب بالنار) ويصلح لما يصلح له شحم البطن ، وكان كشحم البطن ، ألا ترى أنه تعالى استثنى شحم الظهر بقوله ﴿ إلا ما حملت ظهورهما ﴾ والأصل أن المستثنى أن يكون من خبر المستثنى عنه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي شحم الظهر (لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله) استعمال اللحم في الحافية اتخاذاً تصلها العلايا (ويحصل به قوته) أي ويحصل بشحم الظهر قوة اللحم ومرقه يسمى مرقة اللحم فلم يكن شحماً مطلقاً ، فلا يحنث آكله (ولهذا يحنث بأكله) أي بأكل شحم الظهر (في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم) قال تاج الشريعة متى عقد يمينه على الشراء ذكر

وقيل هذا بالعربية ، فأما اسم ــ بيه ــ بالفارسيـة لا يقع على شحم الظهر بحـال لو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى إلية وأكلها لم يحنث ، لأنه

شمس الأئمة السرخسي لأنه لا يحنث بشراء شحم الظهر بالاتفاق ، والخلاف فيما إذا لم ينو . وفي الذخيرة والصحيح قول أبي حنيفة . وفي الكافي فصارت الشحوم أربعة ، شحم الظهر ، وشحم مختلط بالعظم ، وشحم على ظلة الأمعاء ، وشحم البطن . وفي شحم البطن يحنث بالاتفاق ، والثلاثة على الإختلاف . ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث بالاتفـاق . وقيل هو على الخلاف أيضاً .

وفي جامع قاضي خان اختلف المشايخ في محل الخلاف ، قيـل محل الخـلاف في اللحم السمين على الظهر . وقيل في الشحم المتصل من داخل ، فإن كان الخلاف في اللحم السمين فكلام أبي حنيفـة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر فكل منهـما أظهر . وقال الإمام أبو حنيفة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر ، فكلاهما أظهر. وقال الامام السرخسي لا يحنث بشحم الظهر في قولهم جميعاً ، أما الاستثنـــاء فمنقطع بدليل استثناء الحوايا بقوله ﴿ أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ﴾ ، ولو قيل المراد ما حملته الحوايا . قلنا ذاك إخبار وهو خلاف الأصل ، والانقطاع في الاستثناء ، وإن كان خلاف الأصل لكنه ثبت بالدليل ، وهو قوله ﴿ أو ما اختلط بعظم ﴾ لأن أحداً لم يقل بأن مخ العظم شحم ، كذا في جامع السرخسي رحمه الله .

(قيل هذا بالعربية) أي هذا الاختلاف إذا قاله بالعربية . وقال في المحيـــط هذا الاختلاف في عرفهم (فأما اسم – بيه –) بكسر الباء الفارسية وسكون اليـــاء آخر الحروف والهاء (بالفارسية) أي باللغـــة الفارسية (لا يقع على شحم الظهر بحال) يعني أصلاً لعدم العرف ، وإذا حلف لا يأكل أكـــلا ينبغي أن يقع على شحم الظهر والبطن والالية جميعاً . وفي بعض النسخ جعل هذا من المنفى وليس بصحيح .

(ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى إلية وأكلها لم يحنث لأنه)

نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم . ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضاً ، لأنه مفهوم منه عرفاً . ولأبي حنيفة « رح » أن له حقيقة مستعملة

أي لأن الالية دبر الضمير على تأويل المذكور (نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم) وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رح » . وقال بعض أصحابه وهو شحم فيحنث بيمين الشحم لا اللحم ، وبه قال أحمد ولو حلف لا يأكل لحم شاة ، فأكل لحم غيره يحنث . وذكر أبو الليث أنه لا يحنث ، سواء كان الحالف مصرياً أو قروياً ، وعليه الفتوى . حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم جاموس لم يحنث .

(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) القضم الأكل بأطراف الأسنان . وفي الكافي ولا نية له فأكل من خبزها وسويقها لم يحنث عند أبي حنيفة ، وكذا من دقيقها حتى يقضمها ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك (ولو أكل من خبزها) أي من خبز هذه الحنطة التي حلف عليها (لم يحنث ، وهذا) أي عدم الحنث (عند أبي حنيفة « رح ») .

(وقالا) أي أبي يوسف ومحمد (إن أكل من خبزها حنث أيضاً) وبه قال أحمد ومالك في رواية (لأنه مفهوم منه عرفاً) أي لأن أكل الخبز مفهوم منه في العرف ويأكل سويقها يحنث عند محمد ، ولا يحنث عند أبي حنيفة . ولو قضمها يحنث عند الكل إلا عند أحمد ، وإنما وضع المسألة في الحنطة المعينة ، لأنه لو عقد يمينه على حنطة غير معينة ينبغي أن يكون جوابه كجوابها ، ذكره شيخ الاسلام في أيمان الأصل . ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى قيمته على ما نوى بالاتفاق ، ذكره في المبسوط والذخيرة .

(ولأبي حنيفة « رح » أن له) أي لقوله لا يأكل من هذه الحنطة (حقيقة مستعملة)

فإنها تغلى وتقلى وتؤكـل قضما ، وهي قاضية على المجاز المتعـــارف على ما هو الأصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيـــح ، لعموم المجاز ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان، واليهالإشارة بقوله في الخبز حنث أيضاً . قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل منخبزهحنث،لأن عينه غير مأكول فانصرفإلىما يتخـذمنه ،

بين الناس ، وأوضحها بقوله (فانها) أي فان الحنطة (تغلى) بالغين المعجمة على صيغـة المجهول من الغليان ، يقال غليت القدرة يغلي وغلياناً ، ولا يقـــال غليت وغلا في الأمر يغلو غلواً ، أي جاوز فيه الحد وعليه الشعر غلا (وتقلى وتؤكل قضمـاً) على صيغـــة المجهول أيضاً بالعارف من القلي ، يقال قليت السويق واللحم فهو مغلي ، وقلوت فهو لغة ، والرجل قلا بالتشديد والمد (وهي قاضية) أي الحقيقة المستعملة حاكمة (على المجـــاز المتعارف) بين الناس (على ما هو الأصل عنده) أي عند أبي حنيفة . والأصلفي المسألة أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة المجاز متعارف ، فعند أبي حنيفة العمل بالحقيقـة المستعملة أولى ، وعندهما العمل بعدم المجاز .

(ولو قضمها يحنث عندهما ، وهو الصحيح) احترز به عن رواية أخرى عنهـــما ، وهي أنه إذا أكل عين الحنطة لا يحنث ، والأصح أنه يحنث عندهما . وفي رواية الجامع ورجحها شمس الأئمة في مبسوطه وقاضي خان في جامعه . ورجح في الذخيرة والفوائـــد الظهيرية عدم الحنث . وفي الذخيرة حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها وأكل ماخرج منها لا يحنث (لعموم المجاز) وقد مر أن العمل به أولى عندهما (كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان) يحنث إذا دخلها حافياً أو راكباً (واليه الاشارة) أي وإلى عموم المجاز الاشارة (بقوله في الخبز حنث أيضاً) لأنه مفهوم منه عرفاً .

(قال) أي القدوري (ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكلمنخبزه حنث ،لأن عينه) أي عين الدقيق (غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه) وهو الخبز ، وكذا إذا أكل عصيراً ، وبه قال مالك وأحمد في شرح الأقطع . قال الشافعي « رح » إن أكل من

ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجــاز مراداً . ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً، وذلك خبز الحنطة والشعـير ، لأنه هو المعتـاد في غالب البلدان . ولو أكـل من خبز القطائف لا يحنث ، لأنه لا يسمى خبزاً مطلقــاً ، إلا إذا نواه ، لأنه محتمل كلامه . وكــذا إذا أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث ، لأنه غير معتـاد عنـدهم، حتى لو كان

خبزه لم يحنث ، وإن استفه حنث (ولو استفه كما هو) من سفه الدواء سفــه واستفا إسفافاً إذا قحمه . قال الأترازي وقال الكافي اسفاً المنصوب بفتح السين ، وهو كل دواء يؤخذ غير معجون . وقيل السفوف دواء يوضع عليــه الكف ويؤكل من غيره مضغ (لا يحنث) وبه قال أحمد (هو الصحيح) احترازاً عن قول بعض مشايخنا أنه يحنث ، وبه قال الشافعي . ولو نوى الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز بالاجماع ، لانه نوى حقيقة كلامه . والاصح أنه لا يحنث بعين الرقيق بغير نيته ، لان هذه حقيقة (لتعين المجــاز مراداً) من حيث المراد .

(ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً ، وذلك خبز الحنطة والشعير ، لانه هو المعتاد في غالب البلدان) وقال الشافعي يحنث بأي خبز كان، ولم يفرق بين جنس وجنس ، وبه قال مالك لاعتبار الحقيقــة . وفي شرح الوجيز هو المذهب . وقال الكافي وما ذكر في الوجيز ولم يحنث بخبز الارز إلا بطوشاق يخالف ذلك واجبه فله فيه إمام الحرمين رحمه الله .

(ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث ، لانه لا يسمى خبزاً مطلقــاً إلا إذا نواه ، لانه محتمل كلامه) فيحنث حينئذ قال بعد أن قال القطيفة دثار مخمل ، والجمع قطائف ، ومنه القطائف التي تؤكل (وكذا) أي وكذلك الحكم (إذا أكل خبز الارز بالعراق لم يحنث ، لانه غير معتاد عندهم) أي عند أهل العراق ، والعراق على صفين رجله مثـل بلاد مصر على صفين النيل ودورهما نحو مسافــة شهرين (حتى لو كان) أي الحــالف

(بطبرستان أو في بلدة) أي ببلدة من بلاد طبرستان (طعـــامهم ذلك) أي خبزالارز (يحنث) وقال الاترازي طبرستان اسم ايد ، وأعمالها معرب من طبرستان ، لان أهلها يحاربون بالفاس ، ثم قال هكذا قال بعضهم . ولنا فيه نظر .

قال النسفي في كتب أدب الكتاب في باب ما يغير من أسماء البلاد ، وأن طبرستان بالفارسية معناه أخذه بالفاس ، كأنه لم يوصل اليـــه حتى قطع شجرة . وقال الكاكي وطبرستان أبد ، وبلادها سرسان ، لأن أهلها كانوا يحاربون بها معنى النـــاس معرب . وقيل طبرستان والنسبة اليها طبري . وقال الأكمل وهي أهل دهاء ، وأصلها طبرستان ، لأن أهلها كانوا يحاربون بالتبر ، وهو الفاس ، فعربوه إلى طبرستان . قلت طبرستان لأن أصلها إسم إقليم من الأقاليم العراقية ، وهي شرقي كملان ، وسميت ذلك لأنطبر بالفارسية الفاس ، واستان الفاجة ، ومن كثرة اشباك أشجارها لا يذهب فيها الجيش إلا بعد أن يقطع الأشجار من بين أيديهم بالطبر ، فسميت بذلك طبرستان ، أي فاجبة الطبر ، وقد ذكرنا بلادنا في التاريخ الكبير ، وإنما يقال في النسبة اليها الطبري ، ليكون الفرق بينها وبين النسبة إلى طبرية الشام ، فإن النسبة اليها طبراني .

وفي الذخيرة حلف لا يأكل خبزاً ولا نيـة له فأكل كليةأوجوزنيخا أونوالةبزيدة،قال محمدبن‌سلمة «رح»لايحنث في الوجوه كلها ، لأنها لا يسمى خبزاً مطلقاً.وقال أبو الليث لو أكل كلية أو النوالة المقطوعة يحنث ، لأنها الكلية حقيقة وعرفاً ، واختصاصها باسم آخر للزيادة لا للنقصان ، فلا يمنع دخولها تحت مطلق الإسم . وأما النوالة فخبز ، لأن ليهـــا لا يجعله شيئاً آخر ولا يحنث بأكل الجزر ، لأنه لا يسمى خبزاً ، بـــل يسمى قطائف ، فيسمى خبزاً مقيداً ، يقال خبز الجوزبيخ ، كا يقال بالفارسية ، لأنه لو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ودقه ثم شربه لم يحنث . وبه قال الشافعي « رح » ، لأنه ليس بأكل ، بل هو شرب ، وهو الحيلة فيما لو قال إن أكلت هذه الخبزة فامرأتـه طالق ، فينبغي أن يدقها ويلقيها في عصيدة ثم يأكلها ويطبخ حتى يصير الخبز هالكاً فيأكل العصيدة ، ولا يحنث . وفي المحيط لو أكله مبلولاً حنث .

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون البـــاذنجان والجزر، لانـــه يراد بـــه اللحم المشوي عند الإطـــلاق ، إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقـــة . وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم ، وهذا استحسان اعتبـــاراً للعرف ، وهـــذا لان التعميم متعذر ، فيصرف إلى خـــاص متعـــارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء ، إلا إذا نوى غير ذلك ، لان فيـــه تشديداً .

(ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) أي المشويان ، وكذلك البيض المشوي (لأنه يراد به اللحم المشوي عنـــد الإطلاق) يعني ذكر اللحم مطلقاً (إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره) كاللفت والباذنجان ، هو القياس ، وبه أخذ الشافعي « رح » ومالك ، فيحنث عندهما بكل مشوي بلا نية ، وبقولنا قال أحمد « رح » (لمكان الحقيقة) أي لمكان حقيقة كلامه ، وفيه تشديد على نفسه .

(وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) هذا لفظ القـــدوري في مختصره . وقال صاحب الهداية (فهذا استحسان اعتباراً للعرف) وفي المبسوط القياس أن يحنث في اللحم وغيره مما يطبخ والأخذ بالقياس ها هنا تفحش ، فإن المسهل من الدواء مطبوخ ، ونحن نعلم أنه لم يرد به ذلك ، فحملنـــا على أخص الخصوص ، وهو اللحم ، ولا يقال لمن أكل الباقلاء المطبوخ أكل الطبيخ ، وإن كان طبخاً في الحقيقة ، فلما كان كذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن التعميم متعذر) لأنـــه لا يمكن إجراءه على العموم (فيصرف إلى خاص متعارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء) احترز به عن تقليـــة اليابسة ، لأنها لا تسمى مطبوخة (إلا إذا نوى غير ذلك) فيصدق (لأن فيه تشديد) على نفسه ، وقد نوى حقيقة كلامه .

وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ، ولانه يسمى طبيخاً . ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ، ويباع في المصر ويقال يكنس ، وفي الجامع الصغير و لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة « رح » . قال أبو يوسف ومحمد « رح » وعلى الغنم خاصة، وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما ، وفي زمنهما في الغنم خاصة ،

(وإن أكل من مرقه) أي من مرق اللحم المطبوخ بالماء (يحنث لما فيه من أجزاء اللحم) وهي ما يذوب منه (ولأنه) أي ولأن مرق اللحم المطبوخ . ولو طبخ (يسمى طبيخاً) عرفاً . وقال الكاكي ولو طبخ أرزاً وعدساً بودك فهو طبيخ وشمن لا .

(ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير) أي يدخل فيها من قولهم كبس الرجل رأسه في جب قميصه إذا أدخله ، كذا في المغرب ومادته كاف وباء موحدة وسين مهملة ، ويقال كنس بالنون بدل الباء على صيغة المبني للفاعل من كنس الطير في مكناس إذا دخل فيه ، والأول هو الصحيح (ويباع في المصر ويقال يكنس) في الأسواق (وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة «رح») .

(وقالا) أي وقال أبو يوسف « رح » ومحمد (يقع على الغنم خاصة) وقال فخر الإسلام والقياس أن يقع على كل رأس حتى رأس السمك لعمومه . وفي الاستحسان يقع على المتعارف (وهذا) أي هذا الاختلاف بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه (اختلاف عصر وزمان) لاختلاف حجة وبرهان (كان العرف في زمنه فيهما) أي في زمن أبي حنيفة « رح » في البقر والغنم ، فأفتى بوقوع اليمين على رؤوسها (وفي زمنها) أي وفي زمن أبي يوسف ومحمد «رح» كان (في الغنم خاصة) فأفتيا بوقوع اليمين عليها لا غير . وقال صاحب

وفي زمانننا يفتي على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر .

المختلف أجمعوا على أنه لا يقع على رأس الجزور لعدم العرف إلا رواية عن أبي حنيفة . ولا على رؤوس الطير إلا أن ينويها .

وقال المصنف (وفي زماننا يفتى على حسب العادة) أي على اعتبار العرف والعادة (كما هو المذكور في المختصر) أي مختصر القدوري ، وعليه الفتوى ، إذ العرف الظاهر أصل من مسائل الإيمان . وعند الشافعي « رح » يبنيه على ما يباع منفرداً ، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم . فإن كان في بلد يباع فيه رؤوس الصيد منفرداً حنث بأكلها ، وإن كان في بلد لا يباع فيه فقد قيل لا يحنث . وقيل يحنث وعند مالك « رح » تقع يمينه على رأس كل حيوان من الغنم والصيد والطير والحيتان ، وبه قال أحمد « رض » لعموم الإسم فيه حقيقة وعرفاً . وعند الشهب المالكي « رح » لا يحنث إلا برؤوس الأنعام الأربعة للعرف الغالب ، هذا إذا لم ينو نوعا ، فإن نوى قيمته على ما نوى بالإجماع ، وعلى هذا الخلاف الشراء . وعن أبي هريرة « رح » من أصحاب الشافعي « رح » لا يحنث إلا برأس الغنم .

فإن قيل لحم الإشتار والخنزير لا يباع في الأسواق ، ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحماً . أجيب لما حاصله في الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه ، لأن منها العظم ، فكانت الحقيقة متعذرة ، فصار إلى المجاز المتعارف هي ما يكبس في التنانير ويباع في الأسواق . وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه ، فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الخنزير والإنسان .

فإن قلت الحقيقة إن لم يكن متعذرة فهي مهجورة شرعاً ، والمهجورة شرعاً كالمهجور عادة . وفي المهجور شرعاً يصار إلى المجاز ، كما في المهجور عادة . قلت المهجور شرعاً هو الذي لا يكون بشيء من أفراده معمولاً بها كالحلف على ترك كلام الصبي ، وها هنا ليس كذلك .

فان قيل سلمنا ذلك ، ولكن لا يطرد في الشراء ، فان الرأس يشترى بجميع أجزائه ،

قال وإن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشا حنث ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » حنث في العنب والرطب والرمان أيضاً . والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام ، وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد،

فلم تكن الحقيقة متعذرة . أجيب بأن من الرؤوس ما لا يجوز إضافة الشراء اليه كرأس النمل والذباب والآدمي ، فكانت متعذرة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث . وهذا) أي الحنث وعدم الحنث في الاشياء المذكورة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقالاحنث في العنب والرطب والرمان أيضاً) وبه قال الشافعي « رح » ومالك وأحمد . وإذا أكل تيناً أو خوخاً أو سفرجلاً أو إجاصاً أو كمثرى أو تفاحاً أو جوزاً أو أرزاً أوفستقاً أو عنباً يحنث بالإجماع ، سواء كان رطباً أو يابساً . ولو أكل خياراً أو قثاء أو جزراً لا يحنث ، لانها من البقول . ولهذا يؤدم معها والبطيخ من الفاكهة ، كذا ذكره القدوري ويابس البطيخ لا يعد فاكهة ، كذا ذكر فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

وقال في خلاصة الفتاوى ذكر شمس الائمة الحلوائي أن البطيخ ليس من الفواكه . وللشافعي « رح » وأحمد « رح » فيه وجهان ، أصحهما أنه من الفواكه . قلت الايمان مبنية على العرف ، ولا أحد يتفكه بالبطيخ ، وإنما يؤكل بالخبز غالباً ، فيكون من الادام ، نعم إن كان في بلاد لا يكون عندهم إلا نادراً ، ويرويه مثل الفاكهة لندرته وقلته .

(والأصل) في هذا الباب (أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده ، أي يتنعم به زيادة على المعتاد) أي على الغذاء الأصلي ، ولهذا سمى النار فاكهة الشتاء ،

والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً ، حتى لا يحنث بيابس البطيخ ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها ، وغير موجود في القثاء والخيار ، لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً ، فلا يحنث بهما . وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان أن معنى التفكه موجود فيها ، فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها . وأبو حنيفة « رح » يقول إن هذه الأشياء مما

والزواج فاكهه لزيادة التنعم فيها (والرطب واليابس فيه) أي في التفكه بهذه الأشياء (سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً ، حتى لا يحنث بيابس البطيخ) فإنه لايعتاد بأنه فاكهة في عامة البلاد (وهذا المعنى) أي التفكه (موجود في التفاح وأخواته) وهي التي ذكرناها عند قولنا ، وإذا أكل تيناً أو خوخاً .. إلى آخره (فيحنث بها) أي بالتفاح وأخواتها (وغير موجود) أي وهذا المعنى غير موجود (في القثاء والخيار ، لأنهما من البقول بيعاً) يعني من حيث الطبع ، فانهما يباعان مع البقول (وأكلا) أي من حيث الأكل ، فانهما يوضعان على المائدة مع البقول ، هكذا شرحه الكاكي . وقال الأكمل وأما الكل فانهما على الموائد ، حيث يوضع النعناع والبصل (فلا يحنث بهما) أي بالقثاء والخيار بما إذا حلف لا يأكل فاكهة .

قلت هذا لا يخلو عن خدش ، لأن القثاء والخيار قط لا يوضعان مع موائد الطعام ، نعم يؤكلان مع الخبز والخبز في بعض الأوقات ، ولا البصل أيضاً ما يوضع مع موائد الطعام . نعم يوضع البصل مع اللحم المسلوق البارد وحده ، وهو الذي يسمى لحى ، والأحسن في هذا ما قاله صاحب المحيط العبرة للعرف وما يؤكل عادة على سبيل التفكه يعد فاكهة في العرف ويدخل في اليمين ، وإلا فلا .

(وأما العنب والرطب والرمان فهما) أي فأبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فانها أعز الفواكه ، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها)فيحنث بأكلها (وأبو حنيفة « رح » يقول إن هذه الأشياء) أي العنب والرطب والرمان (مما

يتغذى بها ويتداوى بهافأوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منهامن التوابل ومن الأقوات.

يتغذى بها ويتداوى بها) أما التغذي بالرطب والعنب فظاهر . وأما التداوي بالرطب فانه نافع للمعدة الباردة ويزيد في المني ولين الطبع . وأما التداوي بالعنب فانه يسمى بسرعة تأثير به دماً جيداً ، وينفع الصدر والرطب . وأما الرمان فانه دواء صالح خصوصاً للكبد .

(فأوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء) يعني في بقاء الإنسان وقوامه (ولهذا) أي ولأجل الاستعمال في بقاء الإنسان (كان اليابس منها) مثل الزبيب والتمر وحب الرمان يعد (من التوابل ومن الأقوات) فكان ناقصاً في معنى التفكه للاستعمال في بقاء الإنسان فلا ينتظم الإسم باطلاقه كالمكاتب حيث لا يتناول اسم المملوك في قوله كل مملوك لي حر للنقصان في مملوكيته ، والتوابل جمع تابل بالتاء المثناة من الفوقانية وبالألف بعدها الباء الموحدة المفتوحة والمكسورة وباللام في آخره .

قال الأترازي التابل الابزار . قلت هذا تعريف الشيء بما هو أخفى منه . وقال الجوهري الإبزاري والأبازير التوابل. ثم قال في باب الام التابل والتابل أخفى توابل القدر ، يقال منه توبلت القدر ، حكاه أبو عبيد في مصنفه ، وهذا أيضاً غير مقنع ، ولكن يعلم من قوله توبلت القدر أن المراد من التوابل هي الحوائج التي ترمى في القدر مع اللحم . قوله – من التوابل – كما في الرمان أو من الأقوات كما في يابس العنب والرطب ، ويؤيد قول أبي حنيفة « رح » قوله تعالى ﴿ فأنبتنا فيها حباً ﴾ إلى قوله ﴿ وأبا ﴾ ٢٧ عبس . وقوله تعالى ﴿ فيها فاكهة ونخل ورمان ﴾ ٢٨ الرحمن ، فان الله عطف الفاكهة على العنب والنخل في الآية الأولى ، وعطف النخل والرمان على الفاكهة في الآية الأخرى ، والعطف يقتضي المغايرة .

وقال الأترازي فان قلت لا نسلم أن العطف يقتضي المغايرة ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وإبراهيم ﴾ ٧ الأحزاب ، فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوفون من الأنبياء ، قال الله تعالى ﴿ من كان عدواً لله وملائكته

قال ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به إدام ، والشواء ليس بإدام والملـــح إدام ، وهذا عنـد أبي حنيفـة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » كل ما يؤكل مع الخبز غالبـــاً فهو إدام ، وهو رواية

ورسله وجبريل وميكال ﴾ وإنما العطف في الآيتين لبيان فضيلة المعطوف لا للمغـايرة . قلت تفضيل الأنبياء والملائكة بعضهم على بعض إنما يعرف بالخبر ، فاحتـاج إلى المخصص بالذكر ، بخلاف ما نحن فيه ، فان قصد هذه الأشياء على سائر الفواكـــه عرف بالحس والمشاهدة ، فـــلا حاجة إلى الخبر ، إذ ليس الخبر كالمعاينـــة ، فتعين فائدة العطف للمغايرة ، انتهى .

قلت أجاب تاج الشريعة عن هذا بأحسن منه ، فقال الشيء قـــد يعطف على جنسه للتخصيص والتفضيل ، كما ذكر من النظير ، ولا يجوز ذلك فيما نحن بصدده ، لأنه موضع تعدد النعم ، فلا يستقيم الشيء على جنسه ، لأن الحكيم في موضع التعـداد لا يذكر نعمـة واحدة مرتين ، لأن فيه قصور النعم .

(قال) أي محمد في الجـامع الصغير (ولو حلف لا يأتدم) يعني لو حلف لا يأكل إداماً (فكل شيء يصطبغ فيه) وفي بعض النسخ اصطبغ بـه ، قال الكاكي اصطبـغ بالطاء على بناء المفعول ، هكذا المنقول . والاصطباغ - فان خورش كوفيين - وبعـد الطاء بالباء . وفي العرب الصبغ ما يصبغ به ،ومنه الصبغ منه الإدام ، لأن الخبز يغمس فيه ، ويكون كالخل والزبيب ، ويقال اصطبـغ بالخل وفي الخل لا يقال اصطبـغ الخمر بالخـــل (فهو إدام) كالخل والزيت والعسل والزبد واللبن والملح والمرق (والشواء ليس بادام) لأنه يؤكل وحده (والملح إدام) انه يؤكل مع الخبز (وهذا) أى المذكور (عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح ») في ظاهر الرواية .

(وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالبـاً فهو إدام ، وهو رواية) أي قال محمـد

عن أبي يوسف «رح» ، لأن الإدام من المؤادمة ، وهي الموافقة، وكل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، والتبعية في الاختلاط حقيقة ، ليكون قائماً به ، وفي أن لا يؤكل على الإنفراد حكما ،

رواية (عن أبي يوسف) وبه قال الشافعي وأحمد (لأن الادام من المؤادمة) أي مشتق منها (وهي) أي المؤادمة (الموافقة معنى ، وكل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه) مثل الجبن . وفي النهاية وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ، فالخل والزيت واللبن والعسل والزبد وأمثالها ما يستطيع به فهو إدام بالإجماع والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحدها غالباً ليس بادام بالاتفاق .

واختلفوا في الجبن والبيض واللحم ، فجعلها محمد إداماً باعتبار أن هذه الأشياء لا يؤكل وحدها غالباً ، فكانت تبعاً للخبز ، وموافقاً له عليه السلام بعد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم ، وكتب ملك الروم إلى معاوية أن ابعث إلى بشر إدام على يد بشر رجل ، فبعث اليه جنا على يد رجل يسكن في بيوت أصمارها [1] ، فلو لم يكن الجبن إداماً لما بعث اليه ، لأنه من أرباب الشأن . ويقول محمد أخذ أبو الليث بالعرف . وفي التمر للشافعي وأحمد «رح» وجهان في وجه إدام ، لما روي أنه عليه السلام وضع التمر على الكسرة ، فقال هذا إدام . هذه رواية أبو داود . والثاني ليس بادام ، لأنه فاكهة ، فأشبه [2] الزبيب .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، والتبعية في الاختلاط حقيقة) أي من حيث الحقيقة ، بأن يصير مع الخبز كشيء واحد ، فيلبعه ويقدم به ، وهو معنى قوله (ليكون قائماً به بحقيقة في أن لا يؤكل على الإنفراد حكماً)

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) الكلمة في الأصل - فأشبب - والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

وتمام الموافقة في الامتزاج أيضا ، والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها ، بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ، ولأنه يذوب فيكون تبعاً ، بخلاف اللحم وما يضاهيه ، لأنه يؤكـــل وحده ، إلا أن ينويه لمـــا فيه من التشديد . والعنب والبطيـــخ ليس بادام هو الصحيح .

أي من حيث الحكم حاصل هذا أن التبعية على نوعين حقيقة ، وذلك في الاختلاط ليكون قائماً به . وحكمية وهي أن لا يؤكل عليه الإنفراد ، واللحم ما يخلط ، فيكون تبعـاً حقيقة ويؤكل منفرداً ، فلا يكون تبعاً حكماً ، فلا يكون إداماً .

(وتمام الموافقـــة في الامتزاج أيضاً) جواب عن قوله لأن الإدام من المؤادمة يعني سلمناه ، ولكن الإدامة الشاملة الكاملة في الامتزاج ، يعني حقيقة الموافقة بأن يكون كشيء واحد بالامتزاج والاشراق إلا أن يكون مجاوزاً له، فاذا ثبت الحقيقة بطل المجاز. وأما الحديث فلا حجة له فيه ، لأن يقال الخليفـة سيد العرب والعجم ، وإن لم يكن من العجم قاله الكاكي وفيه تأمل . وقال تاج الشريعة وأما قوله ﷺ وهو الحديث المذكور، فانه من أسماء الشرع . والأيمان لا يتعلق بها .

(والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب) فـلا يكون إداماً (والملح لا يؤكل بانفراده عادة) فلا يكون إداماً (ولأنه يذوب فيكون تبعاً) فيكون إداماً (بخلاف اللحم وما يضاهيه) أي وما يشابهه مثل الخبز والبيض ، فانهـــا ليست بادام (لأنه) أي لأن اللحم وما يضاهيه (يؤكل وحده ، إلا أن ينويه) لأنه يحتمـل كلامه (لما فيه من التشديد) على نفسه .

(والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح) احترز به عما قيل أن العنب والبطيـخ على الخلاف . وذكر الإمام السرخسي أنهما ليسا بادام بالإجماع ، وهو الصحيح ، لانهـــما يؤكلان غالباً وحدهمـــا . وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بادام ، وكذا العنب والبطيخ ، وكذلك سائر الفواكه ، حتى لو كان في موضع يؤكل تبعاً للخبز يكون إداماً

وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكــل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل ، لأن ما بعـد الزوال يسمى عشاء ، ولهـذا يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث

عنده ، أما البقل ليس بادام بالاتفاق ، لان أكله لا يسمى مأدماً . وعند الشافعي والبقول والبصل والفجل والثمار إدام، لانه يؤتدم به عادة ، ذكره في شرح الوجيز .

قال ، أي القدوري (وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر إلى الظهر) القدوري يتمايج في اللفظ ، لان الغداء عبارة عن طعام يؤكل في الغداة لا اسم أكـله ، وكذلك أيضاً بالفتح والمد اسم لطعام العشي ، ولكن معناه أكل الغـداء وأكل العشاء على حذف المضاف قال الاترازي ويجوز أن يقال أراد بالغـداء الغدي ، وبالمشاء العشي مجازاً باطلاق اسم السبب على المسبب . وإذا حلف أحد أنه لا يتغدى ، فاذا تغدى مابين طلوع الفجر إلى وقت الظهر في أي ساعة كانت من ذلك يحنث ، وعليه الكفارة .

(والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل ، لان ما بعد الزوال يسمى عشاء) بفتـح العين وكسر الشين وتشديد الياء . قال في المغرب العشي ما بين زوال الشمس إلى غروبها، والمشهور أنه آخر النهار . وعن الازهري صلاة العشاء والظهر والعصر . وقال الاترازي لان ما بعد الزوال يسمى عشاء بكسر العين الزوال ، لما كان عشاء كان الطعـام الذي يؤكل في ذلك الوقت عشاء ، فاذا فتح العين في موضعين يلزم الفساد، وهذا حاصل كلامه، لكن هذا على كون لفظ النسخة عشاء . وأكثر لفظ النسخ عشاء كما ضبطناه .

(ولهذا) أي ولكون ما بعد الزوال عشياً (يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث) قال الاترازي كذا ركعتين في السنين ، وسكت . وقال الكاكي ذكر ورد في الحـديث أنه عليه السلام صلى إحدى صلاتي العشاء يريد الظهر أو العصر . وقال الاكمل ذكر في الإيضاح في باب الحلف على العشاء ، فقال ورد في الحديث أن النبي ﷺ صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين ، يريد به الراوي الظهر أو العصر . قلت هذا الحديث أخرجه البخـاري ومسلم عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشاء إما الظهر وإما العصر ،

والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر ، لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ، ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ، ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ، ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع

فسلم في ركعتين .. الحديث ، فيا للعجب من هؤلاء في تقصيرهم فيما يتعلق بالاحاديث ، وهم في ديار الحديث . قال الاترازي يقول في السنن والحديث في الصحيحين والاكل وشيخه الكاكي اكتفيا بما ذكر في الايضاح من غير بيان .

(والسحور) بفتح السين ما يسحر به في المأكول والمشروب ، وبضم السين مصدر (من نصف الليل إلى طلوع الفجر ، لأن السحور مأخوذ منه) أي مشتق من السحر بفتحتين ، وهذا الثلث الأخير من الليل إلى طلوع الفجر (ويطلق) أي يطلق السحور (على ما يقرب منه) أي من السحر ، لأنه قرب من الثلث الأخير (ثم الغداء والعشاء) بالفتح والمد فيهما (ما يقصد به الشبع) بكسر الشين وفتح الباء الموحدة (عادة) في عادات الناس ، لأن التغدي عبارة عن أكل مترادف أكثر من نصف شبعة ، لأنه لا يقال أنه تغدى إذا أكل لقمة أو لقمتين ، وبه قال الشافعي (ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم) يعني إن كانت خبزاً فخبز ، وإن كانت لحماً فلحم ، وإن كانت لبناً فلبن .

وفي المحيط حتى لو كان الحالف مصرياً يقع على الخبز ، فلو تغدى بغيره من الأرز والتمر واللبن لم يحنث ، وإن كان بدوياً فيتغدى بالتمر ، أن العبرة بما يتغدى به على عادة أهل ذلك الموضع ، حتى لغير الأرز بطبرستان ، واللبن لأهل البوادي ، والتمر ببغداد ، واللبن يحنث . وحاصل الكلام العبرة من حلف لا يدخل بيتاً فهو على المدر للبلدي ، وعلى بيت الشعر للبدوي ، وكذلك الحكم في التمشي .

(ويشترط أن يكون أكثر من نصف شبع) قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن حلف لا يتغدى فإنه يقع على الغداء المعروف ، فإن كان الرجل كوفياً يقع على مد الحنطة والشعير ، ولا يقع على اللبن والسويق ، وإن كان الرجل بدوياً يقع على اللبن

ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر ، وقال عنيت شيئاً دون شيء لم يديَّن في القضاء وغيره ، لأن النية إنما تصح في الملفوظ ، والثوب وما يضاهيـــه غير مذكور تنصيصاً ، والمقتضي لا عموم له ، فلغت نية التخصيص فيه .

والسويق ، وإن كان حجازياً يقع على السويق ، وأما في بلادنا فيقع على خبز الحنطـــة ويشترط أن يكون ، أي الغـــداء أو العشاء أو السحور أكثر من نصف الشبع ، لأن للأكثر حكم الكل رواه المعلى عن أبي يوسف ، وهوالصحيح ، لأن من أكل لقمة أو لقمتـين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت .

(ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبـدي حر ، وقال عنيت) أي قصدت (شيئاً دون شيء) يعني قصدت ثوباً دون ثوب ، أو طعاماً دون طعام ، أو شراباً دون شراب (لم يدين في القضاء وغيره) يعني لا يصدق لا قضاء ولا ديانـــة . وقال الشافعي يصدق ديانة ، لأنه للمقتضى عموماً عنده ، وكذا في رواية عن أبي يوسف « رح » ، وبه أخذ الخصاف ، والمذهب أنه لا يصح نيته (لأن النية إنما تصح في الملفوظ) حتى يعـين ما يحتمل اللفظ (والثوب وما يضاهيه) أي وما يشابهـــه ، مثل الطعـــام والشراب (غير مذكور تنصيصاً) أي غير ملفوظ صريحـــاً ، فإنما هو مقدر انتقضـــا ، أي بطريق الاقتضاء .

(والمقتضى) بفتح الضاد (لا عموم له فلغت نية التخصيص فيـه) أي في قوله إن لبست ، أو إن أكلت أو شربت . قوله والمقتضى الحاجزة جواب عما يقال هب أنـــه غير ملفوظ تنصيصـــاً ليس انـــه ثابت تقضى ، والمقتضى كالملفوظ ، فأجاب بقوله – والمقتضى .. إلى آخره – .

فإن قيل المقتضى أمر شرعي واقضاء الأكمل إلى الطعام ليس كذلك ، لأنـــه يعرفه من له تعرف الشرع . قلت يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن

و إن قال لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة ، لأنه نكرة في محل الشرط فتعم ،

التقضي هو الذي لا يدل عليه اللفظ ، ولا يكون سقوطـاً به ، لكن يكون من ضرورة اللفظ أعلم من أن يكون شرعياً أو عقلياً .

فإن قيل سلمنا ذلك ، لكن ما الفرق بين هذا وبينهما إذا قال إن خرجت فعبدي حر ، ونوى السفر ، فإنه يصدق ديانة ، مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظاً ، وبينـــه وبينهما إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى أن لا يساكنه في واحد ، فإن النيـة صحيحة ، مع أن المسكن غير مذكور لفظاً، حتى لو ساكن معه في الدار لا يحنث. أجيب بأن الأول ممنوعة منعها القضاة الأربعة أبو هيثم وأبو حازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمر رحمهم الله وليس يعلم من قوله إن خرجت ولا يساكن بفلان يدلان على المصدر لغة ، وقد وقع الثاني في صريح النفي ، والأول في معناه ، فيتناولان بعمومها عنده من الخروج والسفر ، فجـــاز تخصيصها إلا أنه خلاف الظاهر ، فلا يريد في القضاء ، كذا لخصه الأكمل ، وبيـــانه كما ينبغي إذا وإن سلمنا فالفرق أن الخروج إلى مديد وقصير ، وهما مختلفان اسماً وحكماً ، فان المؤيد يسمى سفراً ، وأحكامه خلاف أحكام الخروج .

فاذا نوى أحد النوعين صحت نيته ، كما لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية أو روميـــة يصدق . ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق ، لأن الأول نوع ، والثاني في مسألتنا ، حتى لو نوى الخروج إلى مكان بعينه كبغداد لا يصدق ، و كذا في المسألة الثانية نوى نوعان من المساكنة ، لأن المساكنة أنواع ما يكون في بلد واحد ، وما يكون في دار واحدة وهو العرف ، وما يكون في بيت واحد وهو أتم ما يكون من المساكنـــة ، كذا ذكره السرخسي وغيره .

(وإن قال إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً لم يدين في القضاء خاصة) يعني لم يصدق في القضاء خاصة ، ويصدق ديانة (لأنه نكرة) أى لأن ثوباً من إن لبست وطعاماً من إن أكلت وشراباً من إن شربت نكرة وقعت (في محل الشرط) وهو قوله إن فعلت كـــذا (فتعم) لأن الشرط في معنى النفي ، والنكرة في موضع النفي تعم ،

فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر ،فلا يدين في القضاء .
قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منهـــا باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إذا شرب منها باناء يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم.

والعموم يحتمل الخصوص (فعملت نية التخصيص فيه ، إلا أنه خلاف الظاهر) إذ الظاهر العموم (فلا يدين في القضاء) أي فلا يصدق في الحكم ، لأن في المتصدق فيه تخفيف له ، فلا يصدق ، بخلاف ما إذا قيل له انك تريد أن تغتسل الليلة في هذه الدار عن الجنـاية ، فقال إن اغتسلت فعبدي حر ، فهو عن الجناية ، لأنه جواب متقيـد بالسؤال . ولو قال إن اغتسلت الليلة في هذه الدار ولم يقل في هذا الدار على كل اغتسال قضاء ، لأنـه زاد على حرف الجواب ، فيكون مبتدأ أو لكن [1] من هذا يصدق ديانـة ، لأنـه يحتمل أنه أراد به الجواب .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يشرب من دجلة) وهو نهر بغداد (فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع فيها [2] كرعاً) والكرع يتناول الماء بالفم من موضعـه من غير أن يأخذ بيده ، يقال كرع الرجل في الماء إذا مد عنقه نحوه يشرب منـه ، ومنه كره عكرمة الكرع من النهر ، لأنه فعل البهيمة تدخل فيها أكارعها،والكراع مستدق الساق (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عنه) .

(وقالا) أي أبي يوسف ومحمد (إذا شرب منها باناء يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم) بين الناس من الشرب من دجلة وهو الشرب من ماء تجرى رجله ، وهو المجـــاز ، فيعمل لعموم المجاز . فيحنث كيفما شرب ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث في يمينه إذا دخلها راكباً أو ماشياً أو حافياً أو مستعملا ، لعموم المجاز ، وهو الدخول ، فكـذا هنا ، فصار كما إذا حلف لا يشرب من هذه البئر فشرب من مائها باناء يحنث .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .
(٢) منها — هامش .

وله أن كلمــة من للتبعيض وحقيقته في الكرع ، وهي مستعملة . ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً ، فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعــارفاً .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (إن كلمة من) في قوله من دجلة (للتبعيض) إعلم أن من يأتي لمعان كثيرة ، فان كان المصنف « رح » يريد أنه وضع البعض وحده ، فهذا لم يقل به أحد من أئمة اللغة ، وإن كان يريد أنه قد يستعمل التبعيض ، فمن أين يلزم أنـه هنا للتبعيض ، قاله الاترازي مع تطويل الكلام فيه . قلت دلت القرينة اللفظيـة والحالة هنا أن من هنا للتبعيض ، وهذا ظاهر لا يخفى (وحقيقته) أي وحقيقة الشرب (في الكرع) لان الحقيقة ابتداء أن يكون ابتداء الشرب متصلة بدجلة ، وذلك بالشرب منهـا كرعاً (وهي) الحقيقة (مستعملة) مهجورة .

(ولهذا) أي ولاجل هذا أن الحقيقة مستعملة (يحنث بالكرع إجماعاً) دعوى الإجماع فيه نظر ، لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما . قال الإمام العتابي في شرح الجـامع ، قال بعضهم لا يحنث بالكرع عندهما لئلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجـاز . وقال بعضهم يحنث وهو الصحيح للعموم المجاز ، وليس هو يجمع بين الحقيقة والمجاز فمنعوا ، أي الحقيقة المستعملة (فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفاً) هذا إذا لم يكن له نية ، فان نوى الكرع فعندنا لا يحنث بالمجاز ديانـــة ، قضاء ، لانه نوى حقيقة كلامه ، وإن نوى العرف فعنده صدق ديانة ، لانه يحتمل ولا يصدق قضاء ، لانه خلاف الحقيقة .

ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف إلى الكرع عنـــده ليصير الحقيقة إن لم يكن ملان انصرف إلى المجاز ، لامتناع الحقيقة ، كذا نقل الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع عن الشيخ أبي القاسم الصفار ، ولو عنى بقوله لا يشرب من ماء دجلة هل يصح أم لا ، وحتى لا يشرب من نهر يأخذ من دجلة هل يحنث أم لا قال الشيخ أبو المعين من مشايخنا من قال يصح نيته ، لانه نوى إضمار المــاء ، واليه ذهب الشيـــخ أبو بكر الاعمش . ومنهم من قال لا يصح نيته ، لان الماء نيتـه مقتضاء يقتضى ، فلا يظهر في حق قبول النية .

وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث ، لأنه بعد الاغتراف بقي منسوباً اليه وهو الشرط،فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة. ومن قال إن لم أشرب الماء الذي من هذا الكوز اليوم فامرأته طـــالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث ، فان كان فيه ماء فأريق [1] قبل الليل لم يحنث ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله ، يعني إذا

(وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث) هذا لفظ القـــدوري (لانه) أي لان الماء (بعد الإغتراف بقي منسوباً اليه) أي إلى دجلـة (وهو الشرط) أي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوباً ، والماء في الاناء منسوب اليهـا ، فكان الشرط قائماً (فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة) لان الشرط كون الماء من دجلة . وفي الكافي لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث إجماعاً، أما عنده فلأن يمينه على الكرع ، وأما عندهما فلأن النية إلى الفرات انقطعت فخرج عن عموم المجاز . أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حنث، لان يمينه على ماء منسوب إلى الفرات ، والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغـــار . ولو قال لا أشرب ماء فراتاً يحنث لكل ما أعذب في أي موضع كان ، وبه قال الشافعي ، لانـه جعله وصفاً للماء ، قال الله تعالى ﴿ وأسقيناكم ماء فراتاً ﴾ ٢٧ المرسلات ، أي عذباً .

(ومن قال إن لم أشرب الماء الذى في هذا الكوز اليوم فامرأته طـــالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث) سواء علم بأن منه ماء أو لم يعلم (وإن كان فيـه ماء فأهريق) أى فأريق ، والهاء فيه زائدة (قبل الليل لم يحنث ، وهذا) أى عدم الحنث (عنـــد أبي حنيفة ومحمد « رح ») وبه قال الشافعي في وجه ومالك « رح » .

(وقال أبو يوسف حنث في ذلك كله) أى فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن (يعني إذا

---

(١) أهريق – هامش .

مضى اليوم ، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى ، وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافاً لأبي يوسف « رح » ،

مضى اليوم) أشار بـه إلى أن اليمين إذا كانت موقتة باليوم (وعلى هذا الخلاف) المذكور بين الثلاثة (إذا كان اليمين بالله) بأن قال والله لأشربن الماء الذى في هذا الكوز اليوم وليس في الكوز ماء ، أو كان فيه ماء فأهريق قبل لم يحنث عندهما ، خلافاً لأبي حنيفة .

(وأصله) أى أصل هذا الخلاف (ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد « رح » (خلافاً لأبي يوسف) وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، وتحقيق هذا أن تصور شرط لابقاء اليمين المطلقة عن الوقت ، وبقاء اليمين العدة بالوقت عندهما ، وعند أبي يوسف لا يشترط الصور البر في انقياد اليمين المطلقة ، ولا لبقائه في اليمين المقيدة ، ويتفرع على هذا الخلاف ما لو حلف لا يشربن ماء الكوز اليوم فصب قبل مضي اليوم ، فعندهما لا يبقى يمينه ولا يحنث أبداً . وعند أبي يوسف يحنث في آخر جزء من أجزاء الوقت ، حتى تجب عليه الكفارة إذا مضى اليوم ، وعلى هذا لو قال إن لم يشرب هذا الماء الذى في هذا الكوز وعنده تبقى ويحنث . مضى اليوم فامن أنه كذا ، فأهريق قبل الليل لم تبق اليمين عندهما ، وعنده تبقى ويحنث .

وعلى هذا لو قال لأقتلن فلاناً اليوم فمات فلان قبل مضي الليل لا يبقى اليمين عندهما . وكذا لو قال لتقتلنه وهو جاهل بموته ، وإنما شرط جهله لموته ، لأنه لو علم بموته ينعقد اليمين بالإجماع ويحنث في الحال . وكذا لو حلف إن أكل هذا الرغيف فأكل قبل الليل أو قال لأقضين دينه وفلان قد مات ولا أعلم به لم ينعقد يمينه عندهما ، وعنده ينعقد ويحنث في الحال ، وكذا لو قال لأقضين فلاناً دينه فأبرأه فلان ، وكذا لو قال لزيد إن رأيت عمراً فلم أعلمك فامرأتي طالق ثم رآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئاً ، أو قال هو

لان اليمين إنما تعقد للبر ، فلا بد من تصور البر ليمكن إيجابه وله أنه أمكن القول بانعقاده موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف ، وهو الكفارة . قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ، ولهذا لا ينعقد الغموس موجباً للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما ، وعند أبي يوسف « رح »

عمر ولا يطلق عندهما لفوات الإعلام ، فلم يبق اليمين وعنده يطلق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه .

(لأن اليمين إنما ينعقد للبر فلا بد من تصور البر ، فيمكن إيجابه) أي إيجاب اليمين (وله) أي ولأبي يوسف (أنه أمكن القول بانعقاده) حال كونه (موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة) لأن عقد يمينه على فعل في المستقبل ، فينعقد . وإن عجز عن تحقيق ما أخبر يظهر في الخلف ، لقوله والله لأمسن السماء (قلنا لا بد من تصور الأصل) أي أصل اليمين (لينعقد في حق الخلف) فإذا لم يتصور الأصل لا ينعقد في حق الخلف (ولهذا) أي ولأصل تصور الأصل لانعقاده في حق الخلف ، وهو الكفارة (لم تنعقد الغموس) حال كونها (موجبة الكفارة) لأنه لما لم يتصور الأصل لا يظهر في حق الخلف ، وهو الكفارة .

فإن قلت البر يتصور في صورة الإراقة ، لأن من الجائز أن يعبد الله عز وجل تلك القطرات المهراقة في ذلك الكوز . قلت إن البر إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم يجب أن لا يسع فيه غيره ، فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان .

(ولو كانت اليمين مطلقة) أي عن ذكر الوقت (ففي الوجه الأول) يعني إذا لم يكن في الكوز ماء (لا يحنث عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » (وعند أبي يوسف

يحنث في الحال ، وفي الوجه الثاني لا يحنث في قولهم جميعا ، فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت . ووجه الفرق أن التاقيت للتوسعه ، فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت ، فلا يحنث قبله . وفي المطلق يجب البر كما فرغ ،وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ، ووجه الفرق أن المطلق يجب البر كما فرغ ، فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف والماء باق ، أما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت ، وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور ، فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء

يحنث في الحال ،وفي الوجه الثاني) وهو أن يكون فيه ماء أهريق (لا يحنث في قولهم جميعاً) أي قول الثلاثة (فأبو يوسف فرق بين المطلق والموقت) أي بين اليمين المطلق عن ذكر الموقت ، وبين اليمين الموقت بالوقت .

(ووجه الفرق) أي وجه فرق أبي يوسف (أن التأقيت للتوسعه) على نفسه ، حتى يختار الفعل في أي وقت شاء (فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت) المقدر فما لم يخص ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل ، لأن الفعل لا يتعين عليه في آخر أجزاء الوقت (فلا يحنث قبله) فإذا فات الجزء الآخر فلم يفعل يحنث حينئذ (وفي المطلق) عن الوقت (يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال ، وهما) أي أبو حنيفة ومحمد (فرقابينهما) أي بين المطلق والموقت (ووجه الفرق في المطلق يجب البر كما فرغ) لأنه لم يرد التوسعة على نفسه (فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف والماء باق) أشار بقوله كما إذا مات الحالف إلى بقاء المحل شرط للبر لبقاء الحالف (أما في الوقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك) أي وعند الجزء الأخير (لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه) للعجز (ويبطل اليمين ، كما إذا عقده ابتداء)

في هذه الحالة . قال ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها . وقال زفر « رح » لا تنعقد لانه مستحيل عادة ، فاشبه المستحيل حقيقة ، فلا ينعقد . ولنا أن البر متصور حقيقة . لان الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ، ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء ، وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى ، وإذا كان متصوراً ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة ،

كما عقد اليمين حال كونه مبتدأ (في هذه الحالة) وأشار بهذا إلى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين ذلك شرط لبقائها .

(قال) أي القدوري (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها) فتجب الكفارة وبه قال الشافعي في الأظهر ، وفي وجه هو مع زفر « رح » (وقال زفر « رح » لا ينعقد لأنه مستحيل) أي لأن صعود السماء أو قلب الحجر ذهباً محال (عادة فأشبه المستحيل حقيقة) كما في الحلف على شرب ماء كوز ليس فيه ماء (فلا ينعقد) أي اليمين فلا يجب شيء .

(ولنا أن البر متصور حقيقة ، لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة) بطريق الكرامة (ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء) وكذلك الأنبياء عليهم السلام صعدوا (وكذا) أي وكذا يتصور (تحول الحجر ذهباً بتحويل الله عز وجل) بأن يقع ذلك كرامة لبعض الأولياء ، وكرامة الأولياء بخلاف العادة حق عندنا (وإذا كان متصوراً ينعقد اليمين) حال كونها (موجباً لخلفه) وهو الكفارة ، وذكر الضمير في بخلفه على تأويل الحلف بالحاء المهملة (ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة) وإنما وجب الحنث في الحال لأن البر ليس له زمان ينتظر ، بخلاف ما قاس عليه زفر فان شرب كوز ما ليس فيه ماء لايتصور

كمـــا إذا مات الحـالف فانــه يحنث مع احتمال إعادة الحيـــاة ، بخـــلاف مسالة الكوز ، لانه شرب المــــاء الذي في الكوز وقت الحلف،ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

يظهر الفرق (كما إذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال إعادة الحيـاة) وهو متصور ، فينعقد اليمين .

(بخلاف مسألة الكوز ، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ، ولا ماء فيه) أي والحال أنه لا ماء فيه (لا يتصور) هو خبر إن في قوله ، لأن شرب المـــاء الذي في الكوز ، فاذا كان غير متصور (فلا ينعقد اليمين) فان قلت يتصور أن يخلق الله فيـــه الماء ، وقدرته أعظم من ذلك . قلت لو حلف بالله تعالى وفيه الماء ، لا يكون هذا الماء هو الذي انعقد عليه اليمين ، والله أعلم .

* * *

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع ، إلا أنـــه نائم حنث ، لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه ، لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه ، وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله .

(باب اليمين في الكلام)

هذا باب في بيان أحكام اليمين في الكلام . قال قوم الكلام عذر وفعله كلم محذوف الزوائد نحو سلم سلاماً ، وأعطى إعطاء . والدليل على ذلك أنه يعمل كسائر المصادر نحو عجب من كلامك زيداً ، حيث نصب زيداً ، ولو كان إسماً لم يجز إعماله . وقال الأكثرون انه اسم المصدر ، والمصدر الحقيقي المتكلم . وقال الله تعالى ﴿ وكلم الله موسى تكليماً ﴾ ١٦٤ النساء . وقال الله تعالى ﴿ صلوا عليـــه وسلموا تسليما ﴾ ٥٦ الأحزاب ، فالكلام والسلام إسمان للمصدر والكلام في اللغة عبارة عن الكلم ، وهو الجرح ، ويجمع على كلام بالكسر . وفي اصطلاح النحاة الكلام ما تضمن كلمتين بالإسناد . وفي اصطلاح الفقهـــاء الكلام الذي يخفى كلم عبارة عن اسماعه كلامه لغيره . وعبـارة أيضاً عن اسماع نعتـه . وفي المحيط الكلام حقيقة اسم لما ينـــافي السكوت والخرس . ولكن في العرف اسم لحروف منطوقة مفهوميات مقطعة مسموعة .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه) أي إلا أن فلاناً (نائم حنث) وبه قال الشافعي وأحمـد ومالك « رح » في رواية (لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله) إذ التكلم عبارة عن إسماع الكلام كما في تكلم نفسه فإنه عبارة عن

وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه . وعليه مشايخنا «رح»

لانه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيـــد. وهو بحيث لا

يسمع صوتــه

إسماع نفسه ، إلا أن سماع الغير أمر يبطن لا يوقف عليه ، فأقيم السبب المؤدي به مقامه ، ويسقط اعتبار حقيقة السماع ، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زادة «رح» .

(وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه) أي شرط إيقاظ فلان الذي حلف أنه لا يكلمه ، فانه قاله فناداه وأيقظه حنث شرط الإيقاظ ، وبه قال مالك « رح » في رواية . وذكر في بعض الروايات فناداه وأيقظه فهذا يدل على أنــه متى ناداه يحنث وإن لم يوقظه ، كذا في المبسوطين . ثم ذكر السرخسي في مبسوطه ، والأظهر أنــه لا يحنث إذا لم يوقظه ، لأن النائم كالغائب (وعليه) أي على شرط الإيقاظ (مشايخنـا « رح » ، لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته)فيكون منادياً لا متكلماً مناديا ، فلا يحنث في يمينه .

وفي التحفة ولو كان نائماً فناداه إن أيقظه حنث في يمينه ، لأنه أسمعه كلامه ، وإن لم يوقظه لم يحنث ، وهو الصحيح ، لأن الإنسان لا يعد متكلماً النائم . وقيــل المسألة على الخلاف ، فان عند أبي حنيفة يحنث ، لأنه يجعل النائم كالميتة ، وعندهما لا يحنث . وفي الذخيرة لا يحنث حتى تكلم بكلام مستأنف بعد اليمين يقطع عندهما ، وإن كان موصولاً لم يحنث ، كما لو قال إن كلمتك فأنت طالق فاذا قال قومي أو اخرجي أو شتمه أو زجره متصلاً ، لأن هذا من تمام الكلام الأول ، فلا يكون تماماً باليمين ، وهو وجه الأصحـاب الشافعي « رح » وأحمد ، ولو سلم على قوم هو فيهم حنث ، إلا أن لا يعبـــد لا سلام [1] فيصدق ديانة لا قضاء . وعند الشافعي ومالك يصدق قضاء أيضاً . وقال المدني يحنث . ولو قال السلام عليكم إلا على واحد لا يحنث ، خلافاً الشافعي وأحمـــد ، وهذا إذا سلم خارج الصلاة .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث ، لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام أو من الوقوع في الإذن، وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع .

ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه معه في الصلاة ، فان كان إماماً قيل إن كان المحلوف على يمينه لا يحنث ، وإن كان على يساره يحنث . وروى ابن سماعه عن محمد أنه لا يحنث في التسليمتين ، وهو الصحيح ، وإن كان مؤتماً فعلى هذا التفصيل على قولهما . وعن محمد « رح » يحنث سواء كان على يمينه أو على يساره ، وبه قال مالك « رح » . ولو اقتدى الحالف بالمحلوف عليه في الصلاة فسهى فسبح به الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث ، وخارج الصلاة يحنث ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك رح » . ولو حلف لا يكلم فلاناً فقرع فلان الباب فقال من هذا ، ذكر القدوري أنه يحنث ، وذكر أبو الليث في النوازل لو قال بالفارسية - كيست - ولو قال - كجاتو - يحنث ، وبه أخذ ، وهو المختار ، لأن قوله ليست بخطاب ، وقوله - كجاتو - خطاب ولو ناداه المحلوف عليه ، فقال لبيك أي لبى يحنث . ولو كتب اليه كتاباً لو أرسل رسولاً لا يحنث ، وبه قال الشافعي في الجديد ، واختاره المزني . وقال في القديم يحنث ، وبه قال مالك وأحمد « رح » .

(ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بإذنه حتى كلمه حنث) وبه قال مالك وأحمد والشافعي » رح » في وجه . وفي شرح الأقطع هذا هو المشهور من قولهم ، أي من قول أصحابنا ، وعند أبي يوسف « رح » أنه لا يحنث ، وبه قال الشافعي « رح » (لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام) ومنه قوله تعالى ﴿ وأذان من الله ورسوله ﴾ ٣ التوبة ، أي إعلام (أو من الوقوع في الإذن) أي أو ان الإذن مشتق من الوقوع في الإذن لتسميته (وكل ذلك) أي الإذن من الأذان ومن الوقوع في الإذن (لا يتحقق إلا بالسماع) واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذوناً إذا أذن له مولاه ، وهو لا يعلم لكنه يكون مأذوناً ، فلم يكن الإذن محتاجاً إلى الوقوع في الإذن . وأجيب بأن الإذن هذا فك الحجر في حق العبد ينصرف بأهلية نفسه ومالكيه ، فيثبت بمجرد الإذن . وأما

وقال أبو يوسف « رح » لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن كالرضاء . قلنا الرضاء من أعمال القلب ، ولا كذلك الإذن على ما مر . قال وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف ، لأنه لم يذكر الشهر تتأبد اليمـــين ، وذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلاً

في اليمين وقد حرمه كلامه إلا باذنه ، فصار الإذن مستثنى لإباحة الكلام ، فلا بـــد من الإعلام لذلك .

(وقال أبو يوسف « رح » لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن) على وزن الفاعل (كالرضاء) يعني إذا حلف لا يكلمه إلا برضاه،فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف يكلمه لا يحنث ، لما أن الرضى يتم بالراضي ، وكذلك الإذن يتم بالإذن (قلنا الرضاء من أعمال القلب) فيتم بالراضي (ولا كذلك الإذن على ما مر) انه إما من الأذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع فالاذن ، فذلك مقتضى السماع ولم يوجد . ونقل في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى عن أيمان النوازل حلف لا تخرج امرأته إلا باذنه فأذن لها من حيث لا يسمع لا يكون إذناً في قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف«رح» وزفر « رح » هذا إذن . وقال نصير بن يحيى « رح » كتبت إلى البلخي رسالة بما يختار في هذه المسألة ، فكتب إلى انلا الاختلاف في هذه المسألة وهو إذن إجماعاً، إنما الاختلاف فيمن يقول لا تخرجي إلا بأمري، لأن الاذن يكون إذناً بـــدون السماع ، وأما الأمر فلا يكون إذناً بـــدون السماع . قال نصير إلا أن أبا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن وهكذا القدوري أعانه .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف) أي اعتبار الشهر من زمان الحلف (لأنه) أي لأن الحالف (لو لم يـــذكر الشهر تتأبد اليمين) لأن النكرة تعم في موضع النفي (فـــذكر الشهر لاخراج ما وراءه) أي ما وراء الشهر (فبقي الذي يلي يمينه داخلا) أي ففي الشهر الذي يلي يمينـــه داخلا في

عملا بدلالة حاله ، بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لايتأبدا اليمين،فكان ذكره لتقدير الصوم به،وإنه منكر، فالتعيين اليه ، وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث ، وان قرأ في غير صلاته حنث . وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير، وفي القياس يحنث فيهما، وهو قول الشافعي «رح» لأنه كلام حقيقة .

الايجاب (عملاً بدلالة حاله) أي حال الحالف ، لأنه الحامل على هذه اليمين الغليظ الذي لحقه في الحال ، فكان مراده أن لا يكلمه في هذه الحالة .

(بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لا تتأبد اليمين ، فكان ذكره) أي ذكر الشهر (لتقدير الصوم به) أي بالشهر ، وانــه (وإن الشهر منكر ، فالتعيين اليه) أي إلى الحالف فله أن يعين أي شهر شيئاً مطلقاً متتابعاً أو متبوعاً ، هذا في الصوم ، أما في الاعتكاف فانه يعين أي شهر شاء ، ويلزمه التتابع ، لأن التتـابع فيه أصل ليلاً ونهاراً ، إلا أنه إذا قال الشهر دون الليالي ، فحينئذ له أن يفرق،بخلاف الصوم، فان التفريق فيه أصل ، لأنه لم يوجد إلا في الشهر خاصة ، إلا إذا قال متتابعـاً ، فيلزمه التتابع ، ونظير المسألة الأولى أما إذا أجر داره شهراً كان المراد منه الشهر الذي يلي العقد، لانه لو لم يذكر الشهر ينصرف العقد إلى الاكثر لكنه يكون فاسداً،فكان ذكـــر الشهر لاخراج ما وراءه ، فبقي الشهر متصلاً بالإيجاب بحكم أصل الإيجاب .

(ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته حنث ، وعلى هذا) أي وعلى هذا التفصيل (التسبيح والتهليل والتكبير) يعني إذا حلف لايتكلم فقال سبحان الله ، أو قال لا إله إلا الله ، أو قال الله أكبر ، فان كان في الصلاة لا يحنث ، وإن كان خارج الصلاة يحنث (وفي القياس يحنث فيهما) أي في الصلاة وخارجها بالتسبيح وأحسنه (وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد « رح » (لأنه كلام حقيقـة) لأن الكلام اسم لحروف منطوية تحتها ، يقال فمفهومه يكون قارىء القرآن أو المسبح أو المهلل أو المكبر متكلماً لا محالة .

ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً ، قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس . وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضا ، لأنه لا يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً . ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار، لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الأنفال ، والكلام لا يمتد ،

(ولنا أنه) أي أن كل واحد من هذه (في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً) أما عرفاً فلأن الانسان لا يحلف على ترك الكلام كي يترك الصلاة ، فعلم أن الموجود في الصلاة لا يسمى كلاماً حرفاً ، ولأن الكلام حرام في الصلاة ، وهذا مباح . وأما شرعاً فقد أشار اليه بقوله (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس) هذا الحديث قد مضى في كتاب الصلاة في باب ما يفسد الصلاة ، وأخرجه مسلم من حديث معاوية بن الحكم السلمي «رض»،وهو حديث طويل،وفيه أن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيئاً من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن .

(وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة ، لأنه لا يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً) قال شيخ الاسلام خارج الصلاة إذا سبح أو هلل أو كبر، لانصراف يمينه إلى كلام الناس ، وعليه الفتوى ، وبه قال أحمد « رح » . وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير هذا في عادة أهل العراق ، وأما في بلادنا إذا حلف الرجل أن لا يتكلم فقرأ القرآن لا ينبغي أن يحنث ، سواء قرأ في الصلاة أو في غير الصلاة ، واليه ذهب الصدر الشهيد والعتابي « رح » .

(ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق ، فهو على الليل والنهار ، لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الأنفال) أراد به مطلق الوقت (والكلام لا يمتد) لأنه عرض كما يوجد بقلا شيء ، ولا

وإن عني النهار خاصة دين في القضاء ، لأنه مستعمل فيه أيضاً . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يدين في القضاء ، لأنه خلاف المتعـارف. ولو قال ليلة أكلم فلاناً فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة ، وما جاء استعماله في مطلق الوقت

يقبل الامتداد لذاته بل يتخذ الأمثال كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك ، لأن الثاني مثل الأول صورة ومعنى ، فجعل كالغير الممتدة ، أما الكلام الثاني بعد معنى غير ما يفيد الأول ، فلم يقم فيه القول يتجدد الأمثال ، فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت ليلاً كان أو نهاراً ، فيحنث في يمينه إذا وجد الكلام مطلقاً (وإن عني النهار خاصة) أي وإن قصدت باليوم النهار ، وهو زمان ممتـد من طلوع الفجر الصادق إلى غروب الشمس (دين في القضاء) يعني يصدق في الحكم ، لأنه مستعمل فيه أيضاً (لأن اليوم مستعمل في النهار أيضاً) لأنه نوى حقيقة كلامه .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يصدق في القضاء ، لأنه خلاف المتعـارف) أي لأن كون النهار مراداً من يوم قرن بفعل لا يمتـد ، خلاف القرون في العرف (ولو قال ليلة أكلم فلاناً) فامرأته طالق (فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهـار البياض خاصة ، وما جاء في استعماله) أي استعمال الليل (فيمطلق الوقت) وفي المبسوط الليل ضد النهار ، قال الله تعالى ﴿ هو الذي جعل الليل والنهار خلفة ﴾ ٦٢ النحل ، كما أن النهار يختص بزمان الضياء ، فكذا الليل يختص بزمان الظلمة والسواد .

فإن قلت الليل مستعمل لمطلق الوقت أيضاً ، قال الشاعر :

وكنا جئنا كل بيضاء شحمة ليالي لاقينا جذلم وحمير

والمراد مطلق الوقت لا الملاقاة للمحاربـة وهي تقع ليلاً ونهاراً ، والظاهر كونهـا في النهار ، وبعده .

سقيناهم كأس سقينا بمثلهـا ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان ، أو قال حتى يقدم فلان ، أو قال إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه قبل القدوم أو الإذن حنث . ولو كلمه بعد القدوم أو الإذن لم يحنث ، لأنه غاية ، واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها ، فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين . وإن مات فلان سقطت اليمين ، خلافاً لأبي يوسف « رح » ،

قلت الشاعر عرف ذكر الليل بلفظ الجمع واحد العددين إذا ذكر بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد . قال الله عز وجل ﴿ ثلاث ليال ﴾ وقال ﴿ ثلاثة أيام إلا رمزاً ﴾ ٤١ آل عمران ، والقصة واحدة ، وكلامنا في المفرد .

(ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان ، أو قال إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه قبل القدوم) أي قبل قدوم فلان (أو الاذن) أي أو كلمه قبل الاذن حنث (ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث، لأنه غاية) أي لأن كل واحد من القدوم والاذن غاية ، وكلمة حتى للغاية ، قال الله تعالى ﴿حتى مطلع الفجر﴾ ٥القدر ،وأما كلمة إلا ها هنا بمعنى الغاية ، لأن حقيقة الاستثناء غير مرادة لتعذر استثناء الاذن والقدوم في الكلام ، لأنهما ليسا من جنسه ، فجعل مجازاً عن الغاية لما بين الاستثناء والغاية من المشابهة من حيث أن الحكم بعد كل واحد منهما يخالف الحكم قبله .

(واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها) أي بعد الغاية (فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين) بيانه أنه إذا كلمه بعد القدوم ، والاذن لم يحنث ، لأنه كلمه بعد انتهاء اليمين ، وإذا كلمه قبل القدوم والاذن يحنث ، لأن شرط الحنث وجد حال بقاء اليمين .

(إن مات فلان) يعني الذي أسند اليه القدوم أو الاذن (سقطت اليمين) لانتفاء قصور البر (خلافاً لأبي يوسف « رح ») فانه قال يبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية

لان للممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت متصور الوجود ، فسقطت اليمين ، وعنده التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين . ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان ، فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث ، لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، أما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث

(لأن الممنوع عنه) أي عن الحالف (كلام ينتهي بالاذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت متصور الوجود ، فسقطت اليمين) فان قلت إعادة الحياة ممكنة ، فكان الواجب أن لا يبطل اليمين انعقدت على القدوم أو الاذن في حياة القائمة لا للعادة بعد موته ، ولهذا قلنا إذا قال لأقتلن فلاناً وفلان ميت ، ولم يعلم الحالف بموته لا يحنث. ولهذا قلنا إذا قال لأقتلن فلاناً وفلان ميت ينعقد اليمين ، لأنها وقت القائمة .

فان قلت إعادة عين الروح ممكن . قلنا الحياة غير الروح ، لأن الله تعالى حي وليس له روح ، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله تعالى .

(وعنده) أي عند أبي يوسف « رح » (التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية) وهي الاذن والقدوم (يتأبد اليمين) وهذا الكلام في بيان هذا الأصل بينهم .

(ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان) أي أو حلف لا يكلم صديق فلان (فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم) أي فكلم العبد في المسألة الأولى أو المرأة في المسألة الثانية أو صديق فلان في المسألة الثالثة (لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، أما إضافة ملك) كما في المسألة الأولى (أو إضافة النسبة) كما في المسألتين الأخريين (ولم يوجد) واحد منهما (فلا يحنث) الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في

محل منسوب إلى الغير مراعى للحنث ، ووجود النسبة وقت وجود المحلوف عليه ، ولا يعتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم يوجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه ، وإن كان منسوباً إلى الغير لا بالملك تراعي وجود النسبة وقت اليمين ، ولا تعتبر كالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه .

مثال الأول وهو قوله لا يكلم عبد فلان ، وكذا لا يدخل دار فلان أو لا يركب دابته أو لا يأكل طعامه أو لا يلبس ثوبه وإذا زال الملك ووجد الكلام أو الدخول أو الركوب أو أكل الطعام أو لبس الثوب لا يحنث . ومثال الثاني هو قوله لا يكلم امرأة فلان أو صديق فلان فأبانها فلان ، أو عادى صديقه فكلمهم يحنث . ووجه القرآن في الفعل الأول الحامل على اليمين يعني في الملك ، لأن هذه الأشياء لا تعادي رعاة . وفي الفعل الثاني بمعنى في هؤلاء مكان هؤلاء هجر ، ويعادي عادة بمعنى فيهم ، لان الاذى متصور منهم .

فان قيل يشكل هذا بعد فلان ، فان الاذى متصور منه ، كما في هؤلاء . قلنا ذكر ابن سماعة « رح » في نوادره أن في العبد يحنث عند أبي حنيفة « رح » . لهذا وجد ظاهر الرواية أن العبد مملوك ساقط الاعتبار عند الاحراز ملحق بالجمادات ، ولهذا تباع في الاسواق كالبهائم ، والظاهر أنه إذا كان الاذى منه لا يقصد هجرانه اليمين ، بل يقصد سيده ، كذا في المبسوط والذخيرة .

فان قلت لم يكن له زوجة ولا صديق ثم اتحد الصديق والزوجة ، ثم كلم مايكون حكمه . قلت لم يذكر هذا في الجامع الصغير ، قالوا على قياس قول أبو حنيفة « رح » يحنث . وأما محمد « رح » فقد قال في الزيادات لا يحنث . وقال فخر الاسلام « رح » في شرح الجامع الصغير يحتمل أن يكون قال أبو يوسف « رح » مثل ما قال أبو حنيفة « رح » وإن وجدت الاشارة مع ذلك بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا وزوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية والصدقة ثم كلم حنث في قولهم ، لان ذكر النسبة للتعريف كالاشارة ، فكانت الاشارة أولى .

قال « رض » هذا في إضافة الملك بالاتفاق ، وفي إضافة النسبة عند محمد « رح » يحنث كالمرأة والصديق . قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف ، لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه ، كما في الإشارة . ووجه ما ذكر ها هنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه، ولهذا لم يعينه، فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك.

(قال) أي المصنف « رح » (هذا) أي عدم الحنث (إضافة الملك بالاتفاق) بين الثلاثة (وفي إضافة النسبة عند محمد « رح » يحنث كالمرأة والصديق) بيانه أن عند محمد « رح » يعتبر وجود النسبة وقت الحلف ، فعلى هذا إذا طلق امرأته أو عادى صديقه يحنث عند محمد « رح » (قال في الزيادات) وأشار إلى بيان وجه هذا بقوله (لأن هذه الإضافة للتعريف ، لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران ، فلا يشترط دوامها) أي دوام إضافة المرأة إلى الزوج ، وإضافة الصديق إلى فلان ، لأن ما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستيفاء عنه بعد التعريف (فيتعلق الحكم بعينه) أي يتعلق حكم الحنث يعني المقصود ، وهو المرأة أو الصديق (كما في الإشارة) بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه .

(ووجه ما ذكر ها هنا) وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة وهو قول أبي حنيفة « رح » (وهو [1] رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه) أي غرضه ، والحالف هجران المضاف (لأجل المضاف اليه ، ولهذا) أي ولأجل أن غرض الحالف هو أن المضاف لأجل المضاف اليه (لم يعينه) أي لم يعين المضاف حيث لم يقل صديق فلان هذا ، أو امرأة فلان هذه (فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك) لاحتمال أن يكون هجرانه لأجل المضاف اليه .

---

(١) وهي ـ هامش .

وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو لمرأة فلا بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يحنث في العبد أيضاً ، وهو قول زفر « رح » . وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الإختلاف . وجه قول محمد وزفر « رح » أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها ، لكونها قاطعة للشركة بخلاف الإضافة ؛

(وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا ، أو امرأة فلان بعينها) بأن قال امرأة فلان هذه (أو صديق فلان بعينه) أي أو قال صديق فلان بعينه (لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق ، وهذا) أي عدم الحنث (قول أبي حنيفة « ر ح » وأبي يوسف « ر ح » . وقال محمد « ر ح » يحنث في العبد أيضاً ، وهو قول زفر « ر ح ») وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » (وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان [1] ثم دخلها فهو على هذا الإخلاف) أي عند محمد « رح » يحنث في الدار المشار اليها إذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد المشار اليه إذا بيع ثم كلمه ، وعندهما لا يحنث ، لأن العبد والدار لا يصلحان للمعاداة ، أما الدار فظاهرة ، وأما العبد فلأنه يعادى لذاته وسقوط منزلته ، وإنما يهجران لمعنى في صاحبها ، فإذا زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث بخلاف المرأة والصديق ، فإنهما يصلحان للمعاداة ، فكيف وقد أشار اليها فيحنث بعد زوال الزوجية والمدامة .

(وجه قول محمد وزفر « رح » أن الاضافة للتعريف والاشارة أبلغ منها) أي من الاضافة التي للتعريف (لكونها) أي لكون الاشارة (قاطعة للشركة) لكونها بمنزلة وضع اليد عليه (بخلاف الاضافة) لجواز أن يكون لفلان عبيداً ، فإذا كان كذلك

---

(١) وإن حلف — نسخة .

فاعتبرت الإشارة ، ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة . ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف اليــه ، لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته ؛ بل لمعنى في ملاكها فتقيد اليمين بحال قيام الملك ، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة ، لأنه يعادى لذاته ، فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيــين ،

(فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافـة ، وصار كالمرأة والصديق) أي وصار العبـد المشار اليه كالصديق والمرأة ، أشار اليها عند محمد وزفر « رح » ، وكذا عنــد الشافعي ومالك وأحمد « رح » .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف اليه) يعني لا نسلم أن في الاضافة للتعريف ، بل لبيان الداعي إلى اليمين معنى في المضاف اليه(لأن هذه الأعيان) أي الدابة ، أي حيوان كان ، والدار والثوب (لا تعــادى ولا تهجر لذواتها ، وكذا العبد) لا يهجر لذاته ، بل (لسقوط منزلته) فإن قيل يحتمل أن يعادي لذاتها على قبل وجاء الخبران الشؤم في ثلاث في الدار والمرأة والفرس قلنــا ذاك احتمال لم يعرف به العرف والعادة ، فإن في العادة لا يعادى لذاتها ، بـل لسبب آخر وهو غير معلوم ، وفيما نحن فيه معادي بسبب أربابها عرفاً ، وهو معنى قوله (بــل لمعنى في ملاكها) أي يعادي يهجر هذه الأشياء لأجل معنى في ملاكها بضم الميم وتشديد اللام ، فإذا كان كذلك (فتقيد اليمين بحال قيام الملك) بقيام المعنى الداعي إذ ذاك .

(بخلاف ما إذا كانت الاضافة إضافه نسبة ، كالصديق والمرأة لأنــه) أي لأن كل واحد منهما (يعادي لذاته)وهو ظاهر (فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعين) يعني الداعي إلى المعنى الذي في المضاف اليه غير متعــين للهجران ، لأنه مهجر لذاته لما ذكر أن الحر يهجر عادة بعينه ، وقـد يهجر بغـيره ، فاذا جمع بين الاضافة والاشارة تعين الهجران بعينه ، ولأن في اعتبار الهجران لغــير لغـة

بخلاف ما تقـــدم . قال وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث ، لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف ، لأن الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان ، فصار كما إذا أشار اليـه . ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً حنث ، لأن الحكم تعلق بالمشار اليه ، إذ الصفة في الحاضر لغو ،

الاشارة (بخلاف ما تقدم) وهي مسألة العبـــد لما ذكرنا من تعيـــين الهجران وجهة الاضافة .

(قال) أي محمد « رح » في الجـــامع الصغير (وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان) وهو تقريب طيلسان ، وجمعه طيالسة ، والهاء في الجمع للعجمة ، لأنه فارسي يعرب ، وهو من لباس العجم مدوراً ، وفي جمع التعاريف الطيالسة لحمتها وسداها صوف، وفي المغرب الطيلسـان تقريب اللسان ، وهو لباس العجم ، ومنـه قولهم في ألستم يا ابن الطيلسان ، يراد هك عجمي . والطيلس لغة في قاله مراد بن معيد فرفعت راى للخيال، فما رأى غير المطي وظله كالطيلس (فباعه) أى فباع صاحب الطيلسان طيلسانـه ، ثم (كلمه حنث ، لأن هذه الاضافة لا تحتمل إلا التعريف ، لأن الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما إذا أشار اليه) أى إلى صاحب الطيلسان ، فتعلقت اليمين بـه ، وإن كلم المشترى لا يحنث .

(ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً) أى والحال أنـه قـد صار شيخاً وقد علم أن الجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً لا بد فيها من ذكر قد، وقديحذف (حنث ، لأن الحكم تعلق بالمشار اليه ، إذ الصفة في الحاضر لغو) وفي الغائب معتبرة، إلا إذا كانت الصفة داعية إلى اليمين ، فحينئذ يعتبر ، وتنعقد اليمين بتلك الصفة ، كما إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بعدما صار رطباً ، أو حلف لا يأكل رطباً فأكل بعـدما صار تمراً لا يحنث لتقيد اليمين بصفة البسورة أو الرطوبة ، لأن تلك الصفة داعية إلى اليمـين وهنا صفة الشأن لم تعتبر داعية ، لأن هجران الصغير مهجور شرعاً ، لقوله عليـه السلام

وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل

فصـــل

قال ومن حلف لا يكلم حينـاً أو زماناً أو الحين أو الزمان ، فهو على ستـــة أشهر ،

من لم يرحم صغـيرنا ولم يوقر كبيرنا ، فلو اعتبرت الصفـة داعيـة يلزم هجران المهجور شرعاً ، فلا يجوز ذلك .

(وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على ما قبله وقد اندرج بيانه فيما ذكرناه الآن (على ما مر من قبل) أى في أول باب اليمين في الأكل والشرب في مسألة ما لا يأكل لحم هذا الجمل .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان مسائل متعلقة بالباب المذكور ، وإنمـــا ذكر لفظ فصل ، ولم يذكر لفظ باب ، لأن مسائله داخلة في الباب المذكور بالتبعية . قال الكاكي ومسائل هذا الفصل في الكلام أيضاً ، إلا أنها يتعلق بالزمان وما قبلها متعلق بالأعيـان ، فالأعيان أصل والأزمان تابع له ، انتهى . وفي قوله تابع له نظر لا يخفى ، والترجيح بلا دليل لا يجـوز .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يكلم حيناً أو زماناً) أي أو قال لا يكلمـــه زماناً أو الحين ، أي أو قال لا يكلمه (الحين) بالألف والـلام (أو الزمان) أي أو قال لا يكلمه الزمان معرفاً (فهو) أي محلف واقع (على ستة أشهر) وبه قال أحمـد . وقال الشافعي أدنى مدة ، وهو ساعة ، لأنه ثابت بتعين . وفي شرح الأقطع قال الشافعي إذا حلف على نفي قيمته على ساعة واحدة . وإن حلف على الإثبات ففعل ذلك في آخر عمره جاز . وقال مالك يحمل على سنة . قال الله تعالى ﴿ تؤتي أكلهـا كل حين ﴾ ٢٥ ابراهيم ، والمراد بها لستة أشهر ، ولأنه الوسط من المدة . قلنا المراد من قوله كل حين ستـة أشهر ،

لأن الحين قد يراد به الزمان القليل ، وقد يراد به أربعون سنة ، قال الله تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ ١ الإنسان وقد يراد به ستة أشهر ، قال الله تعالى ﴿ تؤتى أكلها كل حين ﴾ ٣٥ ابراهيم ، وهذا هو الوسط ، فينصرف اليـــه ، وهذا لأن اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الإمتناع فيه عادة ، والمديد لا يقصد به غالباً ، لأنه بمنزلة الأبد ، ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا ،

كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما ، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يدرك التمر ستة التمر ، فكان هو الوسط ، فعند الإطلاق يحمل على الوسط ، فخير الأمور أوساطها .

(لأن الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى ﴿ فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ﴾ ١٧ الروم ، والمراد به وقت الصلاة (وقد يراد به) أربعون سنة (قال الله تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ ١ الإنسان) قال أهل التفسير المراد به أربعون سنة (وقد يراد به سته أشهر ، قال تعالى ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ ٢٥ ابراهيم) وقد ذكرنا الآن عن ابن عباس رضي الله عنه أنه ستة أشهر (وهذا هو الوسط) أي الحين الذي بمعنى ستة أشهر هو الوسط ، وقد مر الآن ، فإذا كان كذلك (فينصرف إلى يمينة) أي إلى قدر ستة أشهر إذا لم يكن له نية .

(وهذا) أي الحمل على ستة أشهر لما إذا (لأن اليسير لا يقصد بالمنع) لعدم الحاجة إلى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة (لوجود الامتناع فيه عادة) أي قـــدر الساعة من حيث العادة (والمديد)أي الزمان المديد (لا يقصد غالباً ، لأنه بمنزلة الأبـد) لأن من أراد ذلك يقول أبداً في العرف ، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين (ولو سكت عنه) أي عن المديد (يتأبد) أي اليمين (فتعين ما ذكرنا) وهو الوسط .

اعلم أن الحين هو الزمان قليله و كثيره ، كذا في الجمل وغيره ، وقال الزجاج في تفسيره بجميع ما شاهدنا من أهل اللغة يذهب إلى أن الحين اسم زمان كالوقت يصلح لجميع الأزمان

وكـذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى ، وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى ، لانه نوى حقيقة كلامه ، وكذلك الدهر عندهما . وقال أبو حنيفة « رح » الدهر لا أدري ما هو ،

كلها طالت أو قصرت ، ثم قال والدليل على أن الحين بمنزلة الوقت قول التـابعة أنشد الأصمعي في صفة الحية والملدوغ :

تناذرها الداقون من سوسمها	تطلقــه حينــاً وحين تراجع
وماقبله فنبت كا ساورتني ضئيلة	الراقشي في أنيابها السم ناقع

قوله – تناذرها – أي أنذر بعضهم بعض قولهم تطلقه بتشديد اللام معناه أن السم سحق لا وقتاً، ويعود وقتا . ومعنى ساورتني وأثنى من شاور اليــه الأسد أي وثب ، والضئيلة بفتح الضاد المعجمة وكسر الهمزة وباللام هي الحية التي تنقبض وينضم بعضها إلى بعض والرقش بضم الراء وسكون القاف وبالسين المعجمة جمع رقشاء ، وهي الحية التي في ظهرها خطوط ونقط ، وناقع بالنون والقاف ، أي ثابت .

(وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى) واحد (وهذا) أي الحمل على ستة أشهر في قوله لا يكلمه حيناً أو زماناً أو قالهما بالتعريف (إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى شيئاً) من معـاني الحين أو الزمان (فهو على ما نواه ، لأنه حقيقة كلامه) فيعمل به ، وكذا الدهر يعني يحمل على ستـة أشهر إذا قال لا أكلمـه دهراً أو الدهر (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » .

(وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ما هو) أي لا أدري كيف هو في حكم التقـدير ، قال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي المشهور من قولها أن الدهر بالألف واللام على الأبد قد ذكره محمد « رح » في الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه خلافاً. وكان أبوالحسن يقول إن قول أبي حنيفة « رح » في الدهر ودهراً واحداً ، وإنه لم يجيب عنــه بشيء ، والغالب في كلام الناس أن الدهر على الأبد يقال فلان يصوم الدهر يعنون الأبد . وقال

الكاكي قال أبو حنيفة « رح » لا أدري ما الدهر ، لأن الناس يستعملونه بمعنى الحين والزمان ، وبمعنى الأبد ، ألا ترى أن معرفة على الأبد بخلاف الحين والزمان، لأن معرفتها ومنكرهما سواء يقال فلان دهري بضم الدال إذا كان معمراً ، ودهري بالفتح إذا قال بالدهر وأنكر الصانع ، قال تعالى حكاية عنهم ﴿ وما يهلكنا إلا الدهر ﴾ ٢٤ الجاثية ، فكان مجملاً ،فلم يقف على مراد المتكلم ، والترجيح بلا دليل لا يجوز،فكان قوله لا أدري من كمال علمه وورعه .

وروي أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن شيء ، فقال لا أدري ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عن شيء لا يدري فقال لا أدري . ثم قيل إنما قال لا أدري ثم قال بعد ذلك حفظاً للسانه عن الكلام في معنى الدهر ، فقد جاء في الحديث أنه ﷺ قال لا تسبوا الدهر ، فإن الله هو الدهر ، معناه أنه خالق الدهر . وقد جاء في حديث آخر أنه عليه السلام قال حكاية عن الله عز وجل استقرضت من عبدي وأبى أن يقرضني وهو يسبني ولا يدري سبب الدهر ، ويقول وأو هواه [1] ، وإنما أنا الدهر . وكما روي أنه عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا أدري حتى أسأل ربي فصعد ثم نزل ، فقال سألت الله عز وجل خير البقاع مساجدها ، وخير أهلها من يكون أول الناس دخولاً ، وآخرهم خروجاً ، فعرفنا أن الوقت في مثل هذا من الكلام لا من النقصان ، كذا في المبسوط وجامع فخر الإسلام وقاضي خان .

وقيل وجه قول أبي حنيفة « رح » مع أن الدهر لا نص عليه عنه عن أحد من أهل اللغة ، ودلالة متعارضة فيجب التوقف فيه . ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وما يهلكنا إلا الدهر ﴾ ٢٤ الجاثية ، وإلى قوله عليه السلام لا تسبوا الدهر ، فإن الله هو الدهر . ولهذا قال صاحب الحرة الدهر معروف . ثم قال وقال يوم الدهر مدت الدنيا من ابتدائها إلى انقضائها وقال آخرون بل دهر كل قوم هو زمانهم . وقال ثعلب في التتمة الدهر الزمان الليل

(١) هكذا السياق في النسخة الأصلية ، اه مصححه .

وهذا الإختلاف في المنكر هو الصحيح . أما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفاً

والنهار لا خير لك . ثم أنشد أهل الدهر إلا ليلة ونهارها إلى طلوع الشمس ثم غبارها ، فلما لم يثبت العرف فيه لم يصح إلحاق الدهر والحين قياساً ، لأن درك اللغات بالقياس لا يستقيم . ولهذا إذا ذكر الدهر معرفاً يقع على الأبد اتفاقاً على ظاهر الرواية بخلاف الحين والزمان .

ولو قال لا أكلم حيناً فهو على ثمانين سنة عندنا ، وعند أحمد «رح» . وعند مالك«رح» على أربعين سنة . وعند الشافعي «رح» جميع العمر (وهذا الإختلاف في المنكر) الاختلاف المذكور في قوله لا أكلمه دهراً بدون الألف واللام .

(هو الصحيح) احترز به عن رواية بشر بن أبي يوسف « رح » عن أبي حنيفة «رح» أنه قال لا أفرق على قول أبي حنيفة « رح » بين قوله دهراً وبين قوله الدهر . وإذا كان الإختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقاً عليه ، فإما أن يكون ستة أشهر كما قالوا، وإما أن يكون يقع على الأبد بلا خلاف بينهم ، وهو الذى أشار اليه المصنف « رح » بقوله (أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفاً) .

فإن قيل ذكرت في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهوراً أو شهوراً أو سنيناً أو جمعاً أو إياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات ، لأنها أوفى الجمع المتفق عليه. فكيف قال أبو حنيفة «رح» لا أدرى الدهر ، وقد حكم في دهور أن أدناه ثلاثة دهور فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما ، ومن لا يدرى معنى الفرد لا يدرى معنى الجمع ، إذ الجمع عبارة عن ثلاثة أفراد . قلنا هذا تفريع بمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر ، كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها ، ولذلك قال بالمعرفة إذا كانت يمينه بالدهور على صيغة الجمع على بالألف واللام كما هو أصله في السنين والشهور ، واليه أشار بالعشرة التمرتاشي .

وقيل إن أبا حنيفة « رح » قال أوفى الجمع من هذه المذكور ثلاثة ، ولكن لا يلزم من هذا معرفة المراد من الدهر المنكر ، يعني لو عرف المراد منه يكون المراد من الدهور

لهما أن دهراً يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى، وأبو حنيفة توقف في تقديره، لان اللغات تدرك قياساً، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال. ولو حلف لا يكلم أياماً فهو على ثلاثة أيام، لأنه اسم جمع ذكر منكراً، فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة «رح». وقالا على أيام الأسبوع.

ثلاثة سنين، ومما يليق ذكره هنا ما قاله بعضهم من قال لا أدرى لما لم يدره، فقد اقتدى في النفقة بالنعمات في الدهر والخنثى، كذلك جوابه. ومحل أطفال ووقت ختان.

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد «رح» (أن دهراً يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد، وأبو حنيفة توقف في تقديره، لان اللغات لا تدرك قياساً، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال) إذ هو باق بمعنى الزمان وبمعنى الابد. وقولهم دهر داهر ودهار برأى شديد. ويقال ماذا بدهري، أي عاد يوم وما دهري بكذا، أى همي، ويراد به العمر، قال عليه السلام لا صام الدهر مستعملاً في معان مختلفة، توقف أبو حنيفة في تقديره كما ذكرناه.

(ولو حلف لا يكلم أياماً فهو على ثلاثة أيام، لأنه اسم جمع ذكر منكراً فيتناول أقل الجمع، وهو الثلاث) هذا لفظ القدوري، وهو رواية الجامع الكبير، وذكره فيه أنه بالاتفاق وذكر في كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام عنده، أي عند أبي حنيفة «رح» كما في العرف. وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع أصح، وذلك لأن ذكر الأيام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد، فيقع على أقل الجمع، وهو الثلاثة.

(فإن حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة ايام عند أبي حنيفة. وقالا على ايام الأسبوع.

ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده ، وعندهما على اثني عشر شهراً ، لأن اللام للمعهود ، وهو ما ذكرنا ، لأنه يدور عليها ، وله أنه جمع معرف ، فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة

ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده) عند أبي حنيفة «رح»(وعندهما على اثني عشر شهراً ، لأن اللام للمعهود) لأن في الأيام المعهودة في عرف الناس أيام الأسبوع ، فكانت الجمعة هي المرادة ، وفي الشهور المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة (وهو ما ذكرنا) أن اللام للعهد (لأنه) أي لأن الشهر (يدور عليها) أي على اثني عشر . قال الأترازي وكان القياس أن يقول لأنها تدور عليه ، لكن أقول المذكور في الأول ، وفي الافراد في الثاني ، فافهم . ونقل الأكمل هذا برمته بقوله وقيل ، أي لأن الشهر يدور على اثني عشر وكان القياس إلى آخره ، ثم سكت عنه ، فالظاهر أنه لم يكن عنده معنى غير هذا حتى سكت ولم يقل شيئاً .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي لفظ الشهور (جمع معرف بالألف واللام ينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع ، وذلك عشرة) أي عشرة . والأصل هنا أن حرف التعريف إذا دخلت في اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة ، وهو العشرة ، لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام، ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوماً ومائة يوم والف يوم ، فإن كان العشرة أقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة ، لأن اللام للجنس ، بخلاف ما إذا حلف بقوله إن تزوجت النساء ، حيث تقع اليمين على الواحدة لتعذر صوته إلى الجمع ، وإن عني الجمع قيل لا يصدق ، لأنه خلاف الظاهر . وقيل يصدق لأنه نوى حقيقة كلامه . وقال أبو حنيفة يقال أي اللام للعهد ، والعشرة معهودة في الجمع المعرف ، فانه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع ، فانه يقال ثلاثة أيام إلى العشره ، ثم يقال أحد عشر يوماً ، فكان تعريفاً لهذا المعهود .

وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين . وعندهما ينصرف إلى العمر ، لأنه لا معهود دونه .

فان قلت هذا لا يستقيم في الشهور ، فانه لا يقال ثلاثة شهور بل يقال ثلاثة أشهر . قلت بل يقال ثلاثة شهور أيضاً ، كما يقال ثلاثة فرد .

فان قلت هذا هكذا عند اقتران العدد ، لا عند تجرده عنه . وقد قيل في قوله تعالى ﴿ وتلك الأيام نداولها ﴾ ١٤٠ آل عمران ، أي أيام الدنيا . قلت اسم الجمع للعشرة وما دونها حقيقة في حالتي الإبهام والتعيين ، ويقع على ما وراء العشرة في حالة الإبهام دون اليقين ، فكان الصرف إلى ما صرف في الحالين أولى .

فان قلت يشكل هذا بقوله تعالى ﴿ وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطاً ﴾ ١٦٠ الأعراف. قلت لا يرد هذا السؤال ، لأن لفظ الأسباط ليس بتمييز ، وإنما التمييز محذوف، تقديره وقطعناهم اثنتي عشرة فرقة أسباطاً ، فحذف الموصوف وأقيمت الصفة مقامه .

(وكذا الجواب عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (في الجمع) جمع جمعة ، يعني إذا حلف لا يكلم الجمع يقع على عشرة جمعة (والسنين) يعني وكذا الجواب في السنين ، يعني إذا حلف لا يكلم السنين يقع على عشرة سنين . وفي المحيط قال لا أكلمه الأيام والشهور أو السنين أو الجمع أو الدهر أو الازمنة فهو على العشرة عند أبي حنيفة «رح»، وعندهما الايام على الأسبوع ، يعني سبعة أيام والشهور على السبعة وغيرها على العمر .

(وعندهما ينصرف إلى العمر ، لأنه لا معهود دونه) أي دون العمر ، لأن الأصل عندهما أن ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف اليه ، ولا ينصرف إلى جميع العمر . وفي الأيام إلى المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع ، فكانت الجمعة هي المرادة . وفي الشهور المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة ولا معهود في الجمع والسنين ، فانصرف يمينه إلى جميع العمر . ولو قال جمعاً أو قال سنين بالتنكير يقع على ثلاثة من ذلك بالاتفاق .

وفي الكافي وقيل تنصرف الأيام على سبعة اتفاقاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد «رح»

ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حر ، فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة « رح » عشرة أيام ، لانه أكثر ما يتناوله اسم الايام. وقالا سبعة أيام ، لان ما زاد عليها تكرار . وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام ، لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع .

ينصرف إلى الثلاثة في المنكر ، لأنه أقل الجمع في المنكر في الأيام العرف ينصرف عند مالك إلى الابد . وقال بعض أصحابه ينصرف إلى الاسبوع ، ويحمل الشهور على اثني عشر ، وبه قال أحمد « رح » . وفي قوله عن مالك ينصرف إلى الابد والسنين ، والجمع ينصرف إلى الابد لقولهم وبه قال أحمد « رح » .

(ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حر ، فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة « رح » عشرة أيام ، لانه أكثر ما يشار له اسم الايام) لان أكثر عدد يضاف إلى الايام عشرة ، فبعد ذلك لا يسمى أياماً يقال ثلاثة أيام إلى عشرة أيام ، ثم يترك ذكر الايام فيقال أحد عشر يوماً أو مائة يوم والف يوم .

(وقالا سبعة أيام ، لان ما زاد عليها تكرار) فتكون الايام الكثيرة سبعه . وقيل هذا بالاتفاق كما ذكرنا عن قريب (وقيل لو كان اليمين بالفارسية) بأن قال لعبده أكثر خدمتها ردزها ، أي سئل نوازا أو يخدم سبعة أيام فيعتق ، وهو معنى قوله (ينصرف إلى سبعة أيام ، لانه يذكر فيها بلفظ المفرد دون الجمع) وقال الاترازي في هذا التعليل نظر ، لان لفظ المفرد بالفارسي لا يخلو من أحد الامرين ، إما أن يفهم منه معنى الجمع أم لا ، فان فهم فينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء ، وإن لم يفهم ينبغي أن لايكون الاسبوع مراد أيضاً ، انتهى . وقال الاكمل يمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع. قوله ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء . قلنا ممنوع لانه لفظ الفارسي ، وإن المراد معنى الجمع لكن ينتهي إلى العشرة ، وتخصيص أيام الاسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل .

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، وكذلك إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة ، لأن الموجود مولود ، فيكون ولداً حقيقة ، ويسمى به في العرف ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط ، وهو ولادة الولد .

(باب اليمين في العتق والطلاق)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في العتق والطلاق ، وقدم هذا الباب على غيره ، لأن الحلف بهما أكثر وقوعاً ، فكانت معرفة كأنه من غيره .

(ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت ، وكذا إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة) فولدت ولداً ميتاً عتقت (لأن الموجود مولود فيكون ولداً حقيقة) يعني يكون ولداً باعتبار الحقيقة وعرفاً وشرعاً . أما حقيقة فظاهر ، وأما عرفاً فكذلك ، أشار اليه بقوله (ويسمى به) أي بالولد (في العرف) وأما شرعاً فهو قوله (ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم الخارج بعده) أي بعد الولد (نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط ، وهو ولادة الولد) فتطلق الحرة وتعتق الأمة وهما ، ذكره الأترازي « رح » في التعليل أنه يجي في الآخرة ويرجى شفاعته بدليل ما روى أبو عبيدة رضي الله عنه في حديث النبي ﷺ في السقط تعطيل محيطيا على باب الجنة ، والمحيطي يروى لغيرهم ، فعلى الأولى معنى المتغصب المستبطىء للشيء ، وعلى الثاني معناه للعظيم البطن المنتفخ ، يعني مغضب وينفتح بطنه حتى يدخل أبواه الجنة .

ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حيـــاً عتق الحي وحده عنـد أبي حنيفـة « رح » . وقالا لا يعتق واحد منهما ، لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا ينحل اليمين لا إلى جزاء ، لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء . ولأبي حنيفة « رح » أن مطلق اسم الولد مقيــد بوصف الحياة ، لانـــه قصد إثبات الحرية جزاء ، وهي قوة حكميـــة تظهر في دفـــع تسلط الغير ، ولا تثبت في الميت فيتقيـــد بوصف الحياة ،

(ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتـــاً ثم آخر) أي ولدت ولداً آخر (حياً عتق الحي وحده عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يعتق واحد منهما ، لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت) لأن شرط الحرية ولادة الولد ، وقد تحققت ولادة الميت (على ما بينا) أشار به إلى قوله لأن الموجود مولود ، فاذا كان كذلك (فينحل اليمين لا إلى جزاء) كما إذا قال لعبده إذا دخلت الدار فأنت حر فباعه فدخل الدار ينحل اليمين لا إلى جزاء ، حتى إذا اشتراه فدخل الدار لا يعتق ، وكذا إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار ينحل اليمين لا إلى جزاء ، حتى إذا تزوجها ثم دخلت الدار لا تطلق (لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء) لأن الحرية عبارة عن قدرة حكمية تثبت في المحل يحنث بدفع تسلط الغير عليه والميت ليس بأهل للقوة الحكمية المذكورة .

(ولأبي حنيفة « رح » أن مطلق اسم الوليدمقيد بوصف الحياة) تصحيح الكـــلام العاقل ، ولو لم يقيد بوصف الحياة صار لغواً (لأنه قصد إثبـات الحرية جزاء) يعني من حيث الجزاء (وهي) أي الحرية (قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغيرعليه ،ولاتثبت) أى القوة الحكمية (فيالميت) لأنه ليس بأهل لذلك (فيتقيد) أي الوالد (بوصف الحياة

فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حياً بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام ، لانه لا يصلح مقيداً . وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق ، لان الاول اسم لفرد سابق ، فإن اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين ، والسبق في الثالث فانعدمت الاولية . وإن قال أول عبد أشتريه وحده ، فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء ، لان وحده للحال لغة ، والثالث سابق في هذا الوصف ،

فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حياً) فولدت ولداً حياً ولم يوجد (بخلاف جزاء الطلاق) في قوله لامرأته إن ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً يقع الطلاق (وحرية الام) في قوله لامته إذا ولدت ولداً فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً يقع العتق (لانه) اي لان كل واحد من جزاء الطلاق وحرية الام (لا يصلح مقيداً) للحياة لاستغنائها عن حياة الولد ، ولهذا إذا وضعت الولد بالموت صريحاً ، وعلق الطلاق وحرية الام ، وبه قال إذا ولدت ولداً ميتاً فأنت طالق ، أو قال فأنت حرة كان صحيحاً .

(وإذا قال أول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق، لان الاول اسم لفرد سابق) لا يشاركه غيره فيه ، فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق (فان اشترى عبدين معاً) يعني بصفة واحدة (ثم آخر) يعني ثم اشترى عبداً آخر (لم يعتق واحد منهم ، لانعدام التفرد في الاولين) أي في العبدين الاولين (والسبق) أي ولانعدام السبق (في الثالث) أي في العبد الثالث (فانعدمت الاولية) يعني لم توجد .

(وإن قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث , لانه يراد به التفرد في حالة الشراء ، لان وحده للحال لغة) أي حال كونه وحده ، وفي قوله – لغة – نظر ، لان وحده حال من جهة الإعراب لا من جهة اللغة (والثالث) أي العبد الثالث (سابق في هذا الوصف) لانه هو التوحد في الشراء ، بخلاف قوله أول عبد أشتريه واحداً فاشترى

وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً ومات لم يعتق ، لان الآخر بفرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقاً . ولو اشترى عبداً ثم عبداً ثم مات عتق الآخر ، لانه فرد لاحق ، فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه وعند أبي حنيفة «رح» حتى يعتبر من جميع المال . وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث ، لان الآخرية لا يثبت إلا بعدم شراء غيره بعده ، وذلك يتحقق

عبدين ثم آخر لا يعتق واحد منهم لانعدام الاولية ، لان العبدين ليسا بفرد ليس بسابق ، والفرق بين قوله وحده ، وبين قوله واحداً ان الواحد يقتضي الإنفراد في الذات ، ووحده يقتضي الإنفراد في الفعل المقرون به ، ألا ترى أنه لو قال في الدار رجل واحد كان صادقاً إذا كان معه صبي أو امرأة بخلاف ما إذا قال في الدار رجل وحده كاذباً إذا كان معه صبي أو امرأة .

(وإذا قال [1] آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً ثم مات) أي المولى (لم يعتق ، لان الآخر بفرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقاً) فلا يعتق لعدم الشرط ، ولانه أول فلا يكون آخراً ، لانه ليس من صفات المخلوقين أن يكون الواحد أولاً وآخراً ، وإنما هو من صفات الباري عز وجل .

(ولو اشترى عبداً ثم عبداً) أي ثم اشترى عبداً آخر (ثم مات عتق الآخر ، لانه فرد لاحق ، فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه . وعند أبي حنيفة « رح » حتى يعتبر من جميع المال) إذا كان الشراء في وقت الصحة (وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث ، لان الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك) أي عدم شراء غيره (يتحقق

---

(١) وإن قال – هامش .

بالموت ، فكان الشرط متحققاً عند الموت ، فيقتصر عليه .
ولابي حنيفة « رح » أن الموت معرف ، فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء ، فيثبت مستنداً ، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به ، وفائدته تظهر في جريان[1] الإرث وعدمه . ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر ، فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول ، لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه

بالموت) أي بموت الولي (فكان الشراء وعدم شراء[2] غيره متحققاً عند الموت ، فيقتصر عليه) أي فيقتصر العتق على زمان الموت ، فيعتق قبيل الموت بلا فصل .

(ولابي حنيفة « رح » أن الموت) أي غير شرط له يعرف أن العبد الثاني هو آخر عبد اشتراه (فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء) يعني هذه الصفة حصلت له من وقت الشراء ، إلا أن هذه الصفة يعرض الزوال بأن يشتري غيره بعده ، فاذا مات ولم يشتر لم يوجد ما يبطلها (فيثبت) أي العتق (مستنداً) إلى وقت كان آخراً من وقت الشراء (وعلى هذا الخلاف) المذكور (تعليق الطلقات الثلاثة به) أى بوصف الآخرية أو بلفظ الآخر بأن قال امرأة تزوجها فهي طالق ثلاثاً فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات يطلق الثانية من حين تزوجها ولا ترث ، وعندهما تطلق في آخر حياة الزوج ، ويصير الزوج فاراً فترث المرأة ، وأشار اليه بقوله (وفائدته) أى فائدة الخلاف المذكور (تظهر في حرمان الإرث) أى من الزوج (وعدمه) أى وعدم الحرمان ، وقد مربيانه .

(ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر ، فبشره ثلاثة) أى ثلاثة عبيد حال كونهم (متفرقين عتق الاول) أى العبد الاول (لان البشارة اسم لخبر يتغير به بشرة الوجه) من السرور . فالحاصل أن البشارة اسم لخبر غائب عن المخبر علمه ، وقد يكون

---

(١) حرمان – هامش .
(٢) فكان الشرط متحققاً عند الموت – هامش .

ويشترط كونه ساراً بالعرف ، وهذا إنـما يتحقق من الاول . وإن بشروه معاً عتقوا ، لانهـا تحققت من الكل . ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه ، لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمـين ، فأما الشراء فشرطـه .

بالشر ، وقد يكون بالخير ، لانه في العرف مستعمل فيا بينه وبين الخبرية ، ويتحقق من واحد وأكثر بأن أخبروه في هذه المسألة مجتمعين عتقوا ، لان البشارة حصلت منهم ، وإن أخبروه متفرقين عتق الاول خاصة (ويشترط كونـه ساراً) أى كون هذا الخـبر ساراً (في العرف) لما ذكرنا أنه يستعمل في الخير والشر (وهذا) أى كون هذا الخـبر ساراً يغير به بشرة الوجه (إنما يتحقق من الاول) أى العبد الاول ، لان الثـاني أخره لما كان معلوماًعنده ،فلاتتغيربهعندهما(ولو بشروه معاً) يعني مجتمعين (عتقوا) جميعاً (لانها) أى لان البشارة على الوجه المذكور (حصلت [1] من الكل) فيعتق الكل وقد ذكرناه .

(ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه) أي عن الكفارة (لأن الشرط) أي شرط الخروج عن عهدة التكفير (قران النية) أي نيـة التكفير (بعلة العتق وهو اليمين) سمى جزاء اليمين ، وهو قوله أنت حر يمينـاً ، لأن الجزاء معظم اليمين ، إذ اليمين تختلف باختلاف الأجزية ، يقال يمين الطلاق ويمين العتاق . وإنما ذكر الضمير في قوله وهو اليمين باعتبار المذكور والأصل وهو اليمين ، وكـذا هو في بعض النسخ ، وهي اليمـين ولم يوجد منه التكفير وقت يمينه ، لأن الكلام فيه (وأما الشراء فشرطه) أي شرط العتق ، ولا أثر للشرط في العتق ، فيكون معتقاً بيمينـه ولم يقرن نية الكفارة بها ، حتى لو اقترنت جاز ، كذا في المبسوط . حاصله أن نية الكفارة لم تقترن بعلة العتق ، بل اقترنت بشرط العتق ، وليس للشرط أثر في إيجاب العتق ، لأن العتق تثبت بقول سابق ، وهو قوله فهو حر نصاً ، كأنه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لا يجوز ، فكذا هو .

---

(١) تحققت — هامش .

وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عنـــدنا ، خلافاً لزفر « رح » . لهما أن الشراء شرط العتق ، فأما العلة فهي القرابة ، وهذا لأن الشراء ثبات الملك والإعتاق إزالته ، وبينهما منافاة . ولنا الشراء القريب إعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقـــه جعل نفس الشراء إعتاقاً، لأنه لا يشترط غيره ، فصار نظير قوله سقاه فأرواه

(ومن اشترى أباه نوى عن كفارة يمينه أجزأ عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله) وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » ، وهو قول أبي حنيفة « رح » أولاً (ولهما) أي زفر والشافعي رحمهما الله (أن الشراء شرط الإعتاق ، وأما العلة فهي القرابة) المتقدمة ، فصار كمعتقه بمين متقدمة ، ، وإنما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة. والدليل على أن استحقاق العتق بالقرابة أن أحد الشريكين إذا ادعى نسبه فضمن شريكه نصيبه كما لو أعتقه (وهذا) أي كون الشراء شرطاً لا علة (لأن الشرط إثبـــات الملك) وهو ظاهر (والإعتاق إزالته) لأنه ليس بإثـــبات للملك (وبينهما منافاة) فلا يكون الشراء إعتاقاً .

(ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه) هذا الحديث أخرجه الجماعة غير البخـــاري كلهم عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنهم قال قال رسول الله ﷺ ولا يجزي ولد .. الحديث (جعل نفس الشراء إعتاقاً) أي الحديث أو الشارع بعـــين الشراء إنما قالا محال (لانه لا يشترط) أي في الحديث (غيره) أي غير الشراء بالإجماع، فلا يحتاج إلى إعان آخر ومثله وارد في كلام العرب ، أشار اليه بقوله :

(وصار نظير قوله سقاه فأرواه) أي بالنفي نفسه ، وكذا يقال ضربه فأوجعه ، أي نفس الضرب . وقال الأكمل قوله سقـاه فأرواه ، جواب عما يقال عطف الإعتـــاق على الشراء بألف ، وهو يقتضي الزنا بزمان ، وإن عطف فلا يكون نفسه . ووجهه أن الفعل

ولو اشترى أم ولـــده لم يجزئه ومعنى هذه المسأله أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح إز اشتريتك فأنت حرة عن كفـــارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ، ولا يجزئه عن الكفـــارة ، لأن حريتها مستحقة بالإستيلاء ، فلا تضاف إلى اليمـــين من كل وجه ،

إذا عطف على فعل آخر بألف كان الثاني ثابتاً بالأول في كلام العرب ، يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه ، وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره ، وفيه بحسب وهو أن شراء القريب بل يثبت الملك للمشتري القريب أولاً ، فإن أثبته لا يزيله ، لأن المثبت بعينـه لا يكون مزيداً ، وإن لم يثبت لا يعتق عليه ، لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك ، لأن ثبوت الملك في القريب إعتاق بواسطة موجبـــة ، وهو ثبوت الملك ، لأنه أسند استحالته لأنه يلزم أن يكون مثلث الشيء ، ونفي ثبوته إزالة له .

والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب اعاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء ، كما أنه أخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء ، وهذا لأن العتق لا يقع إلا في الملك . فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ، ثم أن المصنف قال ومن اشترى أباه ، وكذا الحكم إذا اشترى أخاه ، وكذلك على الخـــلاف المذكور إذا وهب له أبوه أو تصدق به عليه أو أوصى له به ، وهو نوى عن كفارته ، كـــذا ذكر شمس الأئمـــة السرخسي « رح » في شرح الكافي . ولو ورث أباه ينوي به الكفارة لا يجزئه هذا الميراث يدخل في ملك الوارث بدون صنعه واختياره . والتكفير يتأدى بالتجويز الذي هو صفة . وفي الهبة والصدقة والوصية تحصيل صنعه ، وهو القبول .

(ولو اشترى أم ولده لم يجزئه) عن الكفارة (ومعنى هذه المسألة) وهي من مسائل الجامع الصغير (أن يقول لأمة لغيره [1] وقد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا يجزئه عن الكفارة ، لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد ، فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه) لأن الموجب باليمين

---

(١) ثم اشتراها – نسخة .

بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفـــارة يمـين حيث يجزىء عنها إذا اشتراها، لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى، فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النيـــة ، ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكـــه عتقت ، لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك

ما يستحق حريتها من كل وجه ، وهو معنى قوله فلا تضاف أي الحرية إلى اليمـين من كل وجه . ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالشراء أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاد، فما بالها لم تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة بعـد التعليق كما عتق القريب . والجواب أن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد ، فكانت الحرية من جهتين ، جهة الاستيـــلاد والشراء ، فلم يقع عن الكفارة من كل وجه ، بخلاف القرابة ، فإنها ليست كذلك ، فلم يكن من جهة القريب في حريته سواء الشراء . فاذا اشتراه ناوياً بالكفـارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه .

(بخلاف ما إذا قال لأمة) وفي بعض النسخ لقنة (إن اشتريتك فأنت حرةعن كفارة يميني [1] حيث يجزئه عنها) أي عن كفارة يمين (إذا اشتراها ، لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى) وإنما هي بالشراء (فلم تختل الإضافة إلى اليمين) أي إضافـــة الحرية إلى اليمين لم ينحل لعدم استحقاقه القنيـــة الحرية (وقد قارنته النيـــة) أي والحال أن نيـــة الكفارة قارنت الشراء .

(ومن قال إن تسريت جاريه فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادقتها الملك) وكل من انعقد في حقه اليمين إذا وجدالشرط فيه يترتب على الجزاء . واعلم أن معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة إلى السر ، وهو الجماع أو الخفاء إلى الدهر دهري بالضم ، وإلى الأرض السهلة سهيـلي . وقال الكافي

---

(١) يمين – هامش .

وهذا لأن الجارية منكرة في هذا الشرط ، فيتناول كل جارية على الانفراد . وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق بهذه اليمين ، خلافاً لزفر « رح » ، فإنه يقول التسري لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره ذكر الملك ، فصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكوراً.

تسرى معنى لغوي وشرعي أما في اللغة فالتسري مأخوذ من السرية واحدة السرايا، وهي الأمة التي يبوء لها بيت ، وكان الأخفش يقول أنها مشتقة من السرور ، لأنه لوثها ، يقال تمر تسرت وتسريت [1] أيضاً كما يقال بطست وبطن قلبت أحد النونين ياء . وقيل السرية مأخوذة من السرى وهو السيد ، لأنه إذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجواري .

وأما في الشرع فالتسري عبارة عن التخصيص من الوطء ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه . وقال في وجه الوطء مع الإنزال والتحصين . وقال في وجه يكفي الوطء ، وبه قال أحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يشترط مع الوطء طلب الولد، حتى لو وطئها وعزل عنها لا تكون بسرية عنده ، وعندهما السري عبارة عن أن يبوئها بيتاً ويحصنها ، وإن لم يطلب ولدها .

(وهذا) توضيح لانعقاد اليمين في حقها (لأن الجارية منكرة في هذا الشرط، فيتناول كل جارية على الإنفراد) لأن النكرة وقعت في موضع النفي فعمت .

(وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق ، خلافاً لزفر « رح ») فعنده يعتق في الحالين (فانه) أي فان زفر « رح » (يقول التسري لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره ذكر الملك لا يصح إلا به ، وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر ، يصير التزوج مذكوراً) دلالة ، لأن الطلاق يصرف لا يصح بدون متابعة النكاح ، فكأنه قال إن نكحتك وطلقتك فعبدي حر .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري ، وهو شرط فيتقدر بقدره ، فلا يظهر في حق صحة الجزاء ، وهو الحرية . وفي مسأله الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء ، حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثاً ، فهذه وزان مسألتنا .

فان قيل هذا قول بالاقتضاء ، وزفر « رح » لا يقول باقتضاء يحتاج فيه إلى التكفير ، بخلاف الدالة ، فان الثابت بها يفهم ، ولهذا عند فلان سرية يفهم منه في أول الوهلة أن عنده جارية موطوءة ، فلا يرد عليه السؤال .

(ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري ، وهو شرط) أي التسري شرط (فيتقدر بقدره) أي يتقدر الملك بقدر الضرورة ، وكذا الضمير الراجع إلى الضرورة بالذكر على تأويل الاضطرار (فلا يظهر في صحة الجزاء ، وهو الحرية) فلم يصح اليمين في حق الأمة المشتراة (وفي مسألة الطلاق) جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية ، تقريره أن في مسألة الطلاق ، وهي إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر (إنما يظهر) أي إنما يظهر ملك النكاح (في حق الشرط) يعني في حق الطلاق الذي هو شرط (دون الجزاء) يعني لا يظهر في حق الجزاء (حتى لو قال لها) أي لأجنبية (إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوجها وطلقها) يعني واحدة (لا تطلق ثلاثة) لأن ملك النكاح ثبت اقتضاء ضرورة صحة الشرط . فلم يظهر في حق صحة الجزاء .

(فهذه وزان مسألتنا) أي هذه المسألة وهي قوله إن طلقتك فأنت طالق فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا نظير مسألتنا ، وهي قوله إن سريت جارية فهي حرة ، لأن في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزاء ، ونظير مسألة زفر « رح » وهي قوله لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر ، أي إذا قال لا تسريت جارية فعبدي حر فتسراها فشراها يعتق العبد ، كما إذا تزوجها فطلقها يعتق العبد ، لأن الملك قائم في العبد في الحال في الصورتين جميعاً . فالحاصل أن الملك وقع شرطاً للشرط الذى هو الطلاق والسرى ، فلا يكون بشرط الشرط شرطاً للجزاء .

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء ، إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً ، ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت يداً ، ولهذا لا يملك اكتسابه ولا يحل له وطء المكاتبة ، بخلاف أم الولد والمدبرة ، فاختلفت الإضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأوليين ، لأن أو لإثبات أحد المذكورين ، وقد أدخلها بين

(ومن قال كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء) يعني أن كل واحد من هؤلاء بالإضافة إلى نفسه بقوله لي كامل (إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً) فاذا كان كذلك دخلوا بحيث كل فيعتقون (ولا يعتق مكاتبوه إلا إن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت يداً ، ولهذا لا يملك اكتسابه) أي اكتساب المكاتب (ولا يحل له وطء المكاتبة) فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه (بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلفت الإضافة) أي إضافة الملك إلى المكاتب (فلا بد من النية) فاذا نوى عملت بنيته ، وكذا معتق البعض لا يعتق إلا بالنية . وفي المبسوط ولو نوى بقوله كل مملوك لي الرجال دون النساء يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ، ولا عموم لا لفظ له ، فلا يعمل بنيته ، بخلاف الرجال ، لأن لفظ المملوك للرجال حقيقة دون النساء ، ويقال للأنثى مملوكة ، وليس عند الإختلاط مستعمل لهما المملوك عادة ، فلو نوى الذكر فقد نوى حقيقة كلامه ، ولكنه خلاف الظاهر ، فلا يصدق قضاء ويصدق ديانة . ولهذا لو نوى النساء وحدها لا يصدق ديانة ولا قضاء . ولو قال لم أنو المدبر لم يصدق قضاء وديانة . وفي رواية يصدق ديانة .

(ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأولين) أي في تعيين إحداهما (لأن أو لإثبات أحد المذكورين) أي لأحد الأولين (وقد أدخلها بين

الأوليين ، ثم عطف الثالثة على المطلقة ، لأن العطف للمشاركة في الحكم ، فيختص بمحله ، فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير ، وله الخيار في الأوليين لما بينا

الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة ، لأن العطف للمشاركة في الحكم ،**فيختص بمحله**) أي يختص العطف محل الحكم ، ومحل الحكم المطلقة من إحدى الأوليين ، فكانت الثالثة طالقاً ، لأن الواو تقتضي الإشتراك في الحكم ، والحكم هنا هو الطـلاق (**فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه ، وكذا إن قال لعبد له هذا حر أو هذا عتق الآخر ، وله الخيار في الأولين**) أي في تعيين أحد العبدين الأولين . وأما الآخر فيعتق بلا شك .

فإن قلت لم لا يكون الشك في المرأة الثالثة أيضاً ، لأن الواو للجمع ، وقد جمع الثالثة مع الثانية وفي الثانية ، فشك فينبغي أن يقع الشك في الثالثة ، ولهـذا قال زفر « رح » والمرأة يقع في الحال شيء ، ويخير بين أن يوقع على الأول أو على الأخريين ، كما إذا قال هذه طالق أو هاتان ذكر قولهما في جامع الساقي . قلت نعم أنها للجميع ، لكنه ذكر الثالثـة بعد وقوع الطلاق على أحد الأوليين غير عين ، فاقتضت الجمع بين طلاق الثالثة وبـين طلاق إحدى الأوليين ، فصارت الثالثة مرادة بإيجاب الطلاق . وكذا العبـد الثالث ، فكأنه قال إحداكما طالق . وقال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي إذا قال أنت طالق وفلانة فالاولى طالق ، والخيار في الاخريين .

فإن قلت العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضاً على من لم يقع عليه الحكم ، والأصل عدم الحكم ، فيعطف على من يقع عليه الحكم ، كما في قوله والله لا أكـلم فلاناً أو فلاناً ، فإنه إن كلم الأول حنث ، وإن كلم أحد الآخرين لم يحنث حتى كلمها، ويكون الثالث معطوفاً على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفرداً ، وهذا لأن الجمع بحرف الجمـع كالجمع بلفظ الجمع ، فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان ، فحينئذ كان هو مخـيراً في الطلاق والعتاق إن شاء أوقع على الأولى ، وإن شاء أوقع على الأخريين . قلت أجيب بأن

هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة « رح » عن محمد«رح»،فأما الذي ذكره في الكتب فهو ظاهر الرواية والعرف بين ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق ، وبين قوله والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً وفلاناً في أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم ، وهو مسألة الجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما ، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال أحدكما طالق وهذه ، ولو عطف على هذا كان الحكم ما قلنا .

أما في مسائل الجامع فالموضع موضع الشيء لا يعم ، كما في قوله تعالى ﴿ولا تطع منهم آثماً أو كفوراً﴾ ٢٤ الإنسان ، فصار كأنه قال والله لا أكلم فلاناً ولا فلاناً ، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال ولا هذين . ولو قضى على هذا كان الحكم هكذا فكذا هذا



باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد ، حتى كانت الحقوق عليه، ولهـــذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه، فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر ، وإنما الثابت له حكم العقد

(باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين إلى آخره . قوله – وغير ذلك – أي في الطـلاق والعتاق والضرب ، كما إذا قال لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فأمر خبره بذلك، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى . ولما كانت التصرفات في الأيمان في هذه الأشياء أكثر وقوعاً بالنسبة إلى اليمين في الحج والصلاة والصوم ، قدم هذا الباب على باب اليمين في الحج .

(ومن حلف لا يبيع ولا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) وبه قال الشافعي « رح » في الأظهر . وقال مالك وأحمد رحمهما الله يحنث ، لأن الفعـل يطلق على الموكل بالأمر يصير كأنه فعلة بنفسه ، كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر غيره بحلقـــه يحنث (لأن العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه) أي على الوكيل والحقوق مثل تسليم المبيع ، فاذا كان بائعاً قبضه إذا كان مشترياً ، وقبض الثمن إذا كان بائعاً والرجوع على البائع عند ظهور الاستحقاق والخصومة في العيب .

(ولهذا) أي ولكون عدم الحنث عند وجود العقد من غير الحالف (لو كان العـاقد هو الحالف يحنث في يمينـه) لوجود الشرط الذي هو العقد منـه ، وقوله (فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر) من تتمة تعليل قوله لم يحنث ، لأن شرط الحنث وهو عقـد الحالف على هذه الأشياء لم يوجد منه ، وإنما وجد من المأمور (وإنما الثابت له حكم العقد)

إلا أن ينوي ذلك ، لان فيه تشديداً ، أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه، لانه يمنع نفسه عما يعتاده ،ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث ،

هذا جواب عما قال الخصم أن هذا العقد ثابت له لا للآمر ، وتقريره أن الثابت للآمر حكم العقد وهو الملك .

(إلا أن ينوي ذلك) قوله لم يحنث ، أي إلا أن نوى الحالف أن لا يأمر غيره أيضاً ، فحينئذ يحنث (لأن فيه تشديداً) أو تغليظ عليه (أو يكون الحالف ذا سلطان) أي ذا شوكة (لا يتولى العقد بنفسه ، لأنه يمنع نفسه عما يعتاده) أي لأن ذا سلطان كالقاضي ونحوه ، إذا منع نفسه عن الفعل يمنعها بما هو عادة له في ذلك الفعل ، فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكأنه قال لا آمر بالبيع ولا آمر بالشراء ، بدلالة الحال فيحنث في يمينه بفعل المأمور .

واعلم أن الضابطة في هذه التصرفات لأصحابنا فيما يحنث بفعل المأمور ، وفيما لا يحنث شيئان ، أحدهما أن كل فعل يرجع الحقوق فيه إلى المباشرة ، فالحالف لا يحنث لمباشرة المأمور ، وهو الذي ذكره المصنف « رح » بقوله ومن حلف لا يبيع .. إلى آخره .وذكر ثلاثة أشياء البيع والشراء والإجارة . وفي هذا الباب التزويج والاستجارة والصلح عن مال القسمة والخصومة وضرب الولد . والثاني هو الذي لا يتعلق الحقوق بالمباشرة ، بل بالآمر ، ولم يكن له حقوق ، فحينئذ يكون فعل المأمور كفعل الآمر ، وهو الذي أشار اليه بقوله :

(ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أولا يعتق) وذكر ثلاثة أشياء في هذا القسم ، ومن هذا الباب المكاتبة والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب الولد والريح والبناء والخياطة والإيداع والاستيداع والإعادة والاستعادة وقضاء الدين والقبض والكسوة والحمل وأحد الثلاثة التي ذكرها التزويج ، فانه إذا حلف لا يتزوج (فوكل بذلك حنث) وقال في نوادر هشام « رح » إذا زوجه غيره امرأة بغير إذن

لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ، ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بـــل إلى الآمر وحقوق العقد ترجع إلى الآمر لا اليه . ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة ، وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى .

الحالف . ثم ان الحالف أجازه قال محمد « رح » لا يحنث . وفي مسائل أهل البصرة فيما كتبوا إلى محمد بن الحسن « رح » إذا حلف لا أتزوج فوكل وكيلاً بالنكـــاح لا يحنث ، وهو خلاف الأصل ، كذا ذكر الناطفي « رح » في الأجناس ، فوكل بذلك ، أي بكل واحد من التزوج والطلاق والعتاق يحنث ، وبه قال مالك وأحمـد والشافعي « رح » وفي وجه ، ذكره في تتمتهم . وقال في الوجيز والتنبيه أكثر كتبهم لا يحنث لعدم الفعل منه ، ولهذا يصدق ما نكح فلان ، وإنما قيل له الوكيـــل النكـــاح كما في البيع ونحوه ، وقلنا تحوم بالحنث .

(ولأن الوكيل في هذا سفير) قال في المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ، ومنه الوكيل سفيراً (ومعبر) من التعبير ، وهو الذي يعبر ، أي بغير الوكيل ، كما يقع بينـــه وبين الموكل من الآمر الذي وكله فيه (ولهذا) أي ولكونـــه سفيراً معبراً (لا يضيفه) أي لا يضيف الموكل إلى ما وكل فيه (إلى نفسه ، بل إلى الآمر) أي بل يضيفه إلى الآمر وهو الموكل ، فصار كأن الموكل فعله بنفسه (وحقوق العقد) أي في الأشياء الثلاثـــة المذكورة (يرجـــع إلى الآمر) وهو الموكل (لا اليـــه) أي لا ترجـــع الحقوق إلى المأمور ، وهو الوكيل والحقوق ظاهر ، وهي وجوب المهر في التزوج ووقوع الطـــلاق ووقوع العتاق .

(ولو قال عنيت أن لا أكلمه به) أي بلفظ التزوج والتطليق والإعتـاق (لم يدين) أي لم يصدق (في القضاء) لأنه خلاف الظاهر ، وقيد بقوله (خاصة) لأنه يصدق ديانة ، لأنه نوى شيئاً يحتمله لفظه ، فصحت النية والله يعلم الباطن (وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى) أراد به قوله في المتن ، ووجه الفرق كأن الطلاق ليس تكلم إلا بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها إلى آخر ما قال .

ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه، لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره، ثم منفعته راجعة إلى الآمر، فيجعل هو مباشراً إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور، ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي دين في القضاء، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره. ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها، والآمر بذلك مثل التكلم به، واللفظ ينتظمهما،

(ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه) وبه قال مالك وأحمد وعند الشافعي لا يحنث (لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره، ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشراً، إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور) توضيحه أن الفعل ينبت إلى الآمر ليس فيه حقوق لا يتعلق بالمأمور ومنفعته تعود إلى الآمر، لأن العبد يكون مؤتمراً سفيراً بأمر الموالي، فكان فعل المأمور كفعل الآمر .

(ولو قال) أي الحالف المذكور (عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي) أي قصدت أن لا أتولى ضرب العبد أو ذبح الشاة بنفسي (دين في القضاء) قال الأترازي « رح » صدق قضاء وديانة (بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره) مثل النكاح والعتاق، ثم أشار إلى الفرق بين الصورتين بقوله (ووجه الفرق) وهذا هو الفرق الذي وعلى قبل هذا [1] ، وبيان وجهه (أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها، والآمر بذلك) أي بالطلاق والعتاق والنكاح (مثل التكلم به، واللفظ ينتظمهما) أي ينتظم التكلم بذلك والآمر بذلك، لأن المأمور كالرسول، ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع، فيكون التطليق بلسانه كالتطليق بنفسه، فيكون ما سماه خلاف الظاهر، وهو

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام، فيدين ديانة لا قضاء، أما الذبح والضرب فعل حسي يعرف بأثره، والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجازاً، فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء. ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحنث في يمينه، لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف

متهم فيه، فلا يصدق قضاء، وهو معنى قوله (فاذا نوى المتكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة) أي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى (لا قضاء) أي لا يصدق في القضاء، لأنه خلاف الظاهر كما ذكره .

(وأما الضرب) أي ضرب العبد (والذبح) أي ذبح الشاة (ففعل [1] حسي يعرف بأثره) ولا يحتاج فيه إلى الآمر، حتى يكون ضرباً أو ذبحاً (والنسبة إلى الآمر) أي نسبة الفعل إلى الآمر (بالتسبيب) أي سبيل التسبيب (مجازاً، فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة، فصدق [2] ديانة وقضاء) وإن كان في ذلك تخفيف له . وقيل ذكر القضاء في مسألة الضرب رواية في الطلاق، لأنه في الموضعين إذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين . وقال الشافعي رحمه الله :

(وإن [3] حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه، لم يحنث في يمينه، لأن منفعة ضرب الولد عائدة اليه) أي إلى الولد (وهي) أي المنفعة المذكورة (التأدب والتثقف) يقال ثقفت الرمح فتثقف، أي سويته فاستوى، حاصله أن يتادب ويسلك الطرائق الحميدة، ويختار السير الصالحة ويتجانب الأفعال المستقبحة ويترك البرى [4] والشهوة،

---

(١) فعل — هامش .

(٢) فيصدق — هامش .

(٣) ومن — هامش .

(٤) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

فلم ينسب فعله إلى الآمر، بخلاف الأمر بضرب العبد، لأن منفعة الائتمار بأمره، فيضاف الفعل اليه. ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فلبس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث، لأن حرف الام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد،

فذلك منفعة خالصة للولد، وإن كان فيه منفعة للوالد أيضاً ها هنا فلم يجعل ضرب المأمور كضرب الآمر (فلم ينسب فعله إلى الآمر . بخلاف الآمر بضرب العبد، لأن منفعة الائتمار) أي الإنقياد بأوامره والإطاعة للمولى عائده إلى الآمر (بأمره فينضاف الفعل اليه) أي إلى الآمر، أي لأن ضرب المأمور كضرب المولى فيحنث بضرب المأمور .

(ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق، فلبس المحلوف عليه ثوبه) أي أخفاه (في ثياب الحالف فباعه) أى الحالف والحالف أنه لم يدر (ولم يعلم به لم يحنث، لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به) أى يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه (وذلك بأن يفعله بأمره) سواء كان العين مالكية أو لا (إذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد) أي الآمر، فلا يحنث، لأن تقدير الكلام إن بعت ثوباً يوماً بوكالتك أو بأمرك ولم يوجد . والأصل في معرفة ذلك أن يعرف أن الكلام قد يكون للتمليك نحو المال لزيد، وقد يكون للتعليل نحو فعلت هذا لمرضاتك، أي لأجل ابتغاء مرضاتك، فلا يصرف لأحدهما إلا بوجود المرجح أو لتعذر صرفه إلى الآخر .

وهنا أصلان آخران، أحدهما أن تصحيح الكلام مع مراعاة النظم أولى من تصحيحه مع تغير نظامه . والآخر أن كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره، وما يجوز فيه الوكالة لا يعمل لغيره فتتعين اللام فيه للملك، ففي المسألة المذكوره لم يحنث، لأن المعنى بعت لأجلك ولم يوجد البيع لأجل المحلوف عليه لعدم أمره .

بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاص العين بـه ، وذلـك بأن يكون مملوكاً له .

(بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين) أي تعلق به (لأنه أقرب اليه ، فيقتضي اختصاص العين به) أي بالمحلوف عليه ، يعني لما كانت اللام مقرونة بالبيع ، والبيع من الأفعال التي تملك بالعقد اقتضت أن يكون البيع مختصاً بالمحلوف عليه بأن يقع فعل البيع للمحلوف عليه ، ووقوعه لزمان يتبعه بأمر المحلوف عليه ولم يوجد البيع بأمره ، فلا يحنث ، بخلاف ما إذا قال ثوباً لك حيث يحنث إذا باعه بأمره أو بغير أمره ، ولا يشترط العلم بذلك ، لأن اللام لما قرنت بالعين وكانت أقرب إلى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه ، والاختصاص بأن يكون العين ملك المحلوف عليه .

(وذلك بأن يكون مملوكاً له) أي الإختصاص بالمحلوف عليه ، بأن الثوب مملوكاً له ، لأن اللام في هذه الصورة صارت العين ، فأوجب ملك العين لا ملك الفعل تقدير يمينه إن بعت ثوباً هو مملوك ، فلو باع ثوباً مملوكاً يحنث ، سواء علم به أو لا . وفي الدخول ونحوه يقع اليمين على تلك العين ، سواء قدم اللام بأن قال إن أكلت لك طعاماً أو شربت لك شراباً ، أو آخر بأن قال طعاماً لك أو شراباً لك ، لأن هذا الفعل مما لا يملك بالعقد فوجب صرف اللام إلى مالك الفصل بالعقد ، وهو العين ، بخلاف الفصل الأول ، فإن كل واحد منهما مما يملك بالعقد فرجحنا بالقرب ، فإن نوى غيره صدق قضاء فيما قيد تغليظاً عليه ، لا فيما فيه تحقيق . فإن نوى من قوله بعت لك ثوباً لك ، وعلى العكس يصدق ديانة فيهما ، لانه نوى ما يحتمله كلامه بتأخير اللام وتقديمه ، إذ اللام يحتملها ولا يصدق قضاء فيما فيه تخفيف عليه .

ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة ، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام ، لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين .

(ونظيره) أي نظير البيع (الصياغة [1] والخياطة) ونحوهما ، ذكرناه عن قريب (وكل ما يجري فيه النيابة) عطف على ما قبله وما يجري فيه النيابة نحو الكتابة والهبة والصدقة ، وقد ذكرنا هذا القسم عن قريب عند ذكر التزوج والطلاق والعتاق .

(بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام) صرح قاضي خان في جامعه بأن المراد بالغلام العبد ، لأن الضرب مما لا يملك بالعقد . وقال المرغيناني المراد بالغلام الولد ، وسمى الولد غلاماً ، وقال الله تعالى ﴿ إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى ﴾ ٧ مريم ، لأن ضرب العبد يحتمل الوكالة والنيابة ، وهذا هو الصواب ، لأن ضرب العبد يحتمل النيابة كما ذكرنا ، ولهذا لو حلف لأن يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث ، لأن المنفعة تعود اليه ، وقد ذكره المصنف قبل هذا . وقال الأكمل ومن الشارحين من وجه الأول . وقال تاج الشريعة رحمه الله قال اللام الأستاذ ناقلاً عن أستاذه أن ان المراد من الغلام العبد ، قال وذكر بعد الشارحين صريحاً انتهى . وقال الأكمل أجاب عن المسألة المذكورة ، أي أجاب الشارح الذى قال المراد من الغلام العبد بأن محمداً لم يذكرها ، وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطية فإنه لا حقوق له ترجع إلى المأمور ، ومع ذلك جعل مما يحتمل النيابة .

(لأنه) أي لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة (لا يحتمل النيابة ، فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين) أي لا يفترق حكم الحنث فيما لا يجزىء فيه النيابة كالأكل والشرب وضرب الغلام في الوجهين ، يعني إذا قدم اللام أو أخر .

فإن قلت ضرب الغلام يجري فيه النيابة كما سبق أن من حلف لا يضرب عبده يحنث بضرب مأموره . قلت المراد من جريان النيابة بأنه تعلق بها حقوق يرجع الوكيل بما لحقه

---

(١) هذا ما ورد في المتن ، وقد كتبت في الشرح المضاعة ، اه مصححه .

ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط ، وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضاً ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو الشراء والملك قائم فيه ،

من العهدة على الموكل ، وهنا ليس لضرب العبد حقوق تلحق الوكيل يرجع بها على الموكل فافهم .

(ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع ، والملك فيه قائم) لأن خياره يمنع خروج البيع عن ملكه باتفاق (فينزل الجزاء) وهو الحرية ، وبه قال مالك والشافعي « رح » في وجه . وقال أحمد « رح » لا يعتق ، لأن خيار البائع يخرج البيع عن ملكه عنده . وقيد بقوله باعه بالخيار ، لأنه لو باعه بيعاً بأن لا يعتق بالإجماع لخروج البيع عن ملكه ، فلم يبق محلاً للجزاء ، فلا يترك الجزاء في غير الملك ، ولهذا يعرف أن العلة مع المعلول فيفترقان في الوجود . أما الشرط والمشروط غير مفترقان .

فإن قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافياً لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك ، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسداً وجب أن يقول الجزاء ليس كذلك . أجيب بأن جواب البيع ليس مع المنافي ، وجواز النكاح مع المنافي ، لأنه رق وإلا تنافيه ، فإذا كان النكاح فاسداً اعتقد فساده بما يخالف الدليل ، فيترجح جانب العدم ، فصار كأن لم يكن ، بخلاف البيع ، لأنه موافق للدليل ، فكان موجوداً ، فالإيجاب والقبول في المحل وإن لم يفد الحكم .

(وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر ، فاشتراه على أنه بالخيار عتق [1] أيضاً ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو الشراء والملك قائم فيه) أي في العبد فيترك الجزاء ،

---

(١) يعتق - هامش .

وهذا على أصلهما ظاهر ، وكذا على أصله ، لأن هـذا العتق بتعليقه ، والمعلق كالمنجز . ولو أنجز العتق يثبت الملك سابقاً ، فكذا هذا .
ومن قال إن لم أبع هذا العبـــد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت

هذا في قولهم جميعاً (وهذا على أصلهما) أي على أصل أبي يوسف ومحمد « رح » (ظاهر) لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت ملك المشتري عندهما ، فثبت الملك سابقـاً على العتق ، فيترك العتق في الملك ، وبه قال أحمـد والشافعي « رح » في وجه . وقال مالك والشافعي « رح » في وجه لا يعتق ، لأن انتقال الملك سقوط الخيار ، فقبل سقوطـه وجد الشرط وينحل اليمين فلا يعتق لعدم الملك (وكذا على أصله) أي أصل أبي حنيفـة « رح » يعني يعتق . وإن كان حلف المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه (لأن هذا العتق بتعليقه)أي بتعليق المشتري لا بالملك (والمعلق كالمنجز) يعني المعلق بالشرط كالمنجز ، فكأنه قال بعد الشراء عقب هذا العقد .

(ولو نجز) أي المشترى (العتق) في هذه الصورة (يثبت الملك سابقـاً عليه) أي على التخيير (فكذا هذا) أي فكـذا في تعلق العتق بالشراء إذا وجد الشراء لا يكون كأنه يجزيء العتق حالة الشراء ، بخلاف قوله إن ملكتك فأنت حر فاشتراه على أنـــه بالخيار لا يعتق ، لأن شرط الحنث وهو الملك لم يوجد ، لأن المشتري بالخيار لم يملكه عند أبي حنيفة « رح » لم يترك الجزاء ، وبخـــلاف ما إذا اشترى ذا رحم محرم بالخيار ، حيث لا يعتق على قول أبي حنيفـــة « رح » لعدم الملك ، لأن الخيـــار من المشتري مانع لتملكه .

(ولو[1] قال إن لم أبع هذا العبد وهذه الأمة فامرأتـه طالق فأعتق أو دبر طلقت

---

(١) ومن – هامش .

امرأته ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو عدم البيع لفوات محلية البيع .
وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي ، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء. وعن أبي يوسف « رح » إنها لا تطلق، لأنـــه أخرجه جواباً فينطبق عليـــه. ولأن غرضه إرضاؤها، وهو بطلاق غيرها ، فيتقيد به .

امرأته ، لأن الشرط قـد تحقق ، وهو عدم البيع لفوات محل[1] البيع) أي بالإعتـاق والتدبير ، فطلق كما لو مات الحالف أو العبد ، ولا خلاف .

فان قيل لم يقع اليأس عن البيع بالتحرير والتدبير لجواز أن ترتد الجارية فتسبى بعد اللحاق فملكها هذا الرجل ويبيعها بالتدبير ، لجواز أن يقضي القـــاضي بجواز البيـع ، وأجيب بأن هذا موهوم ، فلا يعتبر . وقيل الحالف عقد يمينه على الملك القـــائم لا على الملك الذي سيوجد .

(وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي ، فقال كل امرأة لى طالق ثلاثاً طلقت هذه الذي حلفته في القضاء . وعن أبي يوسف « رح » أنها) أي أن التي حلفته عليه (لاتطلق) ومال أكثرهم إلى هذا القول (لأنه) أي لأن الزوج (أخرجه) أي أخرج الكلام (جواباً) لكلام المرأة (فينطبق عليه) أي فينطبق الجواب على السؤال ، فكأنه قال كل امرأة لي غيرك تزوجتها طالق ثلاثاً ، والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون إفصاحاً، فيكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة ، فينصرف الطلاق الى غيرها .

(ولأن غرضه) أي غرض الزوج (إرضاؤها ، وهو بطلاق غيرها) لا بطلاق نفسها (فيتقيد به) أي بالكلام السابق ، والكلام الثاني في تزوج غيرها . فإن قيل قد زاد على قدر الجواب. قلنا الزيادة على قدر المحتاج إليه للجواب إنما يخرج الكلام على الجواب إذا لغت الزيادة . ومتى جعل جواباً لا تلغو الزيادة هنا إن جعل جواباً ، لأنه قصد تطييب قلبها

---

(١) محلية – هامش .

ووجه الظاهر عموم الكلام ، وقد زاد على حرف الجواب ، فيجعل مبتدئاً ، وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليـــه فيا أحله الشرع ، ومع الـــتردد لا يصلح مقيداً ، وإن نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء ، لأنـه تخصيص العام

وتسكين نفسها ، وإذا يتطيّب تغيرها على العموم ، لجواز أن يقع في قلبها ، أراد بما قال غير التي طلقت .

(ووجه الظاهر عموم الكلام) أي وجه ظاهر الروايةأن العمل بعموم الكلام واجب ما أمكن ، وقد أمكن هنا ، وهو قوله (وقد زاد على حرف الجواب) لأن جوابـه أن يقول إن فعلت فهي طالق ثلاثاً (فيجعل مبتدئاً) أي يعتبر مبتدئاً لا يحنث (وقديكون غرضه) جواب عن قول أبي يوسف « رح » ، لأن غرضه إرضاؤها ، أي وقـــد يكون غرض الزوج (إيحاشها) أي إيحاش المرأة ، أي إنكاؤها (حين اعترضت عليه) أي على الزوج (فيما أحله الشرع ،ومع التردد)يعني بين أن يكون غرضه إرضاؤها،وبين أن يكون إيحاشها (لا يصلح مقيداً) بكسر الياء مقيداً لإرضائها بطلاق غيرها ، وقيل أي بعموم اللفظ لأجل الإحتمال المذكور .

(ولو نوى غيرها) أي غير المحلفة (يصدق ديانة) لأنه يحتمـــل كلامه ، لأن العـــام يحتمل الخصوص (لا قضاء) أي لا يصدق قضاء (لأنه تخصيص العام) لأنـــه خلاف الظاهر .

* * *

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها على المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا

(باب اليمين في الحج والصلاة والصوم)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في الحج وأحكام اليمين في الصلاة ، وأحكام اليمين في الصوم. وقدم هذا الباب على باب اللبس الفضيلة العبادة وأخرها عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين في الحج والصلاة والصوم .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها) أو عليه عمرة حال كونه ماشياً . قال الكاكي « رح » وفي لفظه ، وهو في الكعبة إشارة إلى أن وجوب الحج أو العمرة بقوله (على المشي إلى بيت الله) بطريق المجاز، لا من حيث الحقيقة ، إذ المشي إلى بيت الله ، وهو في الكعبة ، محال ، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين « رح » . وقال الأترازي « رح » وإنما قيد بقوله في الكعبة لأن إيجاب الحج أو العمرة لما ثبت بقوله على المشي إلى بيت الله (أو إلى الكعبة) مجاز بطريق إطلاق إسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة . وفي تنقية أخرى سواء ذلك ، لأن المشي إلى بيت الله سبب للوصول إلى الحج أو العمرة في الجملة ، فيصير كأنه قال (فعليه حجة أو عمرة) فإذا قال ذلك لزمه ، فكذا إذا قال علي المشي إلى بيت الله ، ثم إذا أراد الحج يحرم من الحرم ويخرج على عرفات (ماشياً) فإن ركب يلزمه شاة .

وإذا أراد العمرة يخرج إلى التنعيم ونحوه ، ويحرم بالعمرة من ثمة ، لأن إحرام المكي للعمرة خارج الحرم ، ولم يذكر محمد رحمه الله أنه يخرج إلى التنعيم ماشياً أو راكباً . وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم بـه ، قال

بعضهم جاز له أن يركب ، لأن الرواح اليه ليس بمشي إلى بيت الله ، وإنما المشي اليه وقت الرجوع . وقال بعضهم يمشي وقت الرواح أيضاً ، لأن الرواح اليه للإحرام ، فكان مشياً إلى بيت الله .

(وإن شاء ركب وأهراق دماً) عطف على ما قبله ، يعني المشي واجب عليه ، فإن ركب أهرق ، أي أراق دماً والهاء فيه زائدة . واعلم أن هنا ثمانية ألفاظ في ثلاثة يلزمه بلا خلاف ، وهي أن يقول علي المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة . وفي رواية النوادر أو إلى مكة ، وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول . وفي الأصح لايلزمه شيء بقوله علي المشي إلى بيت الله ، إلا أن ينويه ، لأن جميع المساجد بيت الله . وفي ثلاثة لا يلزمه شيء باتفاق أصحابنا ، وهي إذا نذر الذهاب إلى مكة أو السفر أو الركوب اليها أو المسير أو المضي ، وبه قال مالك « رح » في قول قاله ابن القاسم عنه . وقال الشافعي وأحمد « رح » ، وهو رواية أشهب عن مالك يلزمه الحج أو العمرة ، كما في قوله علي المشي إلى مكة . وفي لفظين خلاف بين أصحابنا . وهو ما إذا نذر المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام ، فعند أبي حنيفة « رح » لا شيء عليه ، وعندهما عليه حجة وعمرة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

ولو نذر المشي إلى الصفا والمروة أو بقعة من الحرم يلزمه المشي اليها بحج أو عمرة عند الشافعي وأحمد « رح » واضح عن المالكية . وعندنا لا يلزمه شيء ، وبه قال مالك ، ولو نذر المشي إلى مسجد رسول الله ﷺ أو إلى المسجد الأقصى لا شيء عليه ، وبه قال الشافعي « رح » في قول في الأم . وفي قوله تنعقد نذر هو به . قال أحمد « رح » لما روي أنه عليه السلام قال لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد ، المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجدي هذا . وقد نص بالإتيان وشد الرحال إلى هذه المساجد .

ورجح العراقيون وأكثر أصحابه القول الأول ، لما روي عن جابر « رض » أن رجلاً قال يا رسول الله ﷺ إني نذرت إن فتح الله لك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين فقال عليه السلام صل هنا ، فأعاد عليه السلام صل هنا ، ومعلوم أن هذا القدر متعين بالإنسان ،

وفي القياس لا يلزمه شيء، لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الأصل، ومذهبنا مأثور عن علي «رض»

وإن بيت المقدس لا يعقد بالشد، فأشبه سائر المساجد، والمقصود من قوله ﷺ لاتشد الرحال إلى آخره تخصيص القربة وفضلها في هذه المساجد.

(وفي القياس لا يلزمه شيء) يعني في إيجاب الحجة أو العمرة بلفظ المشي إلى البيت أو إلى الكعبة، لأن المشي أمر مباح فالقياس أن يبطل القدر به (لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة) أي لعبة (ولا مقصودة في الأصل) بل هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء.

فان قيل الإعتكاف وهو اللبث ليس بقربة مقصودة لما شرع لانتظار الصوم، وقد صح النظر به. قلنا الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم، والثواب من جنس القرب المقصودة.

فان قيل الإعتكاف يصح في الليل، وإن كان الصوم لا يصح فيه. قلنا صحة الإعتكاف في الليل تبع لصحة الإعتكاف في اليوم، ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل مفرداً عن اليوم لا يصح.

(ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه) قال الأترازي «رح» قال محمد «رح» في الاصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال من حلف على نفسه الحج ماشياً حج وركب وذبح شاة لركوبه. قال مخرج الأحاديث هذا غريب، ثم قال وروى البيهقي «رح» في المعرفة عن طريق الشافعي «رح» عن ابن عيينة عن سعيد بن عروة عن قتادة عن الحسن بن علي «رض» في رجل يحلف على حجة المشي، قال يمشي، فان عجز ركب وأهدى بدنة. وروى أبو عبد الرزاق «رح» في مصنفه أخبرنا عبد الله بن سعيد عن الحكم عن ابراهيم عن علي رضي الله عنه فيمن نذر أن يمشي إلى البيت، قال يمشي، فاذا أعيي ركب ويهدي جزوراً.

وقال الأكمل بعد أن نقل ما قاله محمد «رح» في الأصل إلى آخره، كذا في بعض الشروح، وليس مطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك ممن جعل على نفسه الحج ماشياً بغير هذا اللفظ، وليس هذا في بعض الشروح وشرح البزازي، فانه ذكر فيه هكذا، ثم

ولأن النــاس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ ، فصار كما إذا قال علي زيارة البيت ماشياً ، فيلزمه ماشياً ،وإن شاء ركب وأهراق دماً ، وقد ذكرناه في المناسك .

ادعى أنه غير مطابق لما نحن فيه ، وعلل بقوله الكلام فيه . وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسألة بأن عليه حجة أو عمرة ، وهذا مطابق ، وقـد روى شيخي في شرحه أن أخت عتبة بن عامر « رض » نذرت **أن تمشي إلى بيت الله فأمرها** النبي ﷺ أن تحرم بحجة أو عمرة ، انتهى .

قلت أراد بقوله في بعض الشروح شرح البزازي ، فانه ذكر فيه هكذا ثم ادعى أنـه غير مطابق لما نحن فيه . وعلل بقوله لجواز .. إلى آخره ، وفيه نظر ، بل كاد أن يرد ، لأنه لم يذكر وجه قوله ، لجواز أن يكون إلى آخره ، لأن فيه إثبات الخبر بالاحتمال ،وهذا ليس بطريقة العلماء ، ولم يبين أيضاً وجه قول الآخرية ، بل ثبت ذلك عن علي رضي الله عنه أولاً ، ثم قال وقد روى شيخي أراد به قوام الدين الكاكي « رح » ، فانه ذكره في شرحه ، وقصد هو وشيخه أيضاً ، حيث لم يبيناه إلى مخرجه من أئمة الحديث . قلت هذا رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا أحمد بن عبد الوارث حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشيـــة ، فسئل النبي ﷺ ، فقال إن الله عز وجل غني عن نذر أختك لتركب ولتهـــدي بدنة ، انتهى . وهذا كما رأيت ما ذكر الحديث كما روي عن النبي ﷺ ولا نسبــــه إلى أحد من الصحابة ، وما ذاك إلا تقصير جداً وتقليد محض .

(ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ) أي بقوله علي المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبـــة (فصار) أي فصار حكم هـــذا في الوجوب (كما إذا قال علي زيارة **البيت فيلزم ماشياً ، وإن شاء ركب وأراق دماً ، وقد ذكرناه في المناسك)** أي في كتاب النكاح .

فإن قيل لما كان هذا اللفظ كناية عن الإحرام بالحج أو العمرة كان لفـــظ الشيء غير

ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه ، لأن الزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف . ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » في قوله علي المشي إلى الحرم حجة أو عمرة . ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الإختلاف . لهما أن الحرم شامل على البيت بالاتصال ، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار ذكره كذكره ،

منظور اليه ينبغي أن لا يلزم عليه المشي ، كما لو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة ، حيث لا يلزمه ضرب الثوب ، بل يلزمه إهداء الثوب إلى مكة . قلنا نعم كذلك ، إلا أن الحج ماشياً أفضل ، قال النبي ﷺ من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم ، قيل وما حسنات الحرم ، قال واحد بسبعمائة فاعتبر لفظه لإحراز تلك الفضيلة أو الظاهر إلزام القربة بصفة الكمال .

(ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله ، فلا شيء عليه لأن الزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف) ولم يرد النص ، فوجب العمل بالقياس لما مر أن في القياس لا يلزمه شيء ، وفيه خلاف الشافعي ومالك « رح » ، وقد ذكرناه عن قريب .

(ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا في قوله علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة حجة أو عمرة) وقد مر ذكر هذا أيضاً بما فيه من خلاف الأئمة (ولو قال إلى المسجد الحرام ، فهو على هذا الإختلاف) أي الإختلاف المذكور بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه رحمها الله .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن الحرم شامل على البيت) بالاتصال ، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت (فصار ذكره كذكره) أي صار ذكر كل واحد من

بخلاف الصفا والمروة ، لأنهما منفصلان عنه. وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ، ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ ؛ فامتنع أصلاً . ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام ، فقال حججت وشهد شاهدان على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يعتق ، لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم ، وهو التضحية ، ومن ضرورته انتفاء الحج ، فيتحقق الشرط .

الحرم أو المسجد الحرام البيت (بخلاف الصفا والمروة ، لأنهما منفصلان عنه) أي عن البيت ، يعني أنهما ليسا شاملين على البيت ، بل هما منفصلان عنه ، فلم يكن ذكرهما كذكره .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف) فيعمل بالقياس وعدم الوجوب (ولا يمكن إيجابه) أي لا يمكن إلزام إيجاب الإحرام (باعتبار حقيقة اللفظ) أي لفظ المشي ، لأن اللفظ لم يوضع عليه ، والعرف أيضاً منتف ، ولما انتفت الدلالة على الإيجاب حقيقة وعرفاً (فامتنع) الإيجاب (أصلاً) فلا يلزم شيء .

(ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام ، فقال حججت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده ، وهذا) أي عدم العتق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) ولم يذكر صاحب المختلف . قول أبي يوسف « رح » مع أبي حنيفة « رح » ولا الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير .

(وقال محمد « رح » يعتق لأنها) أي لأن شهادة هذين الشاهدين (شهادة قامت على أمر معلوم ، وهو التضحية ، ومن ضرورته) أي ومن ضرورة هذا الأمر المعلوم (انتفاء الحج ، فيتحقق الشرط) وهو حجة هذا العام .

ولهما أنها قامت على النفي ، لأن المقصود منهـا نفي الحج لا إثبات التضحية ، لأنه لا مطالب لها ، فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج . غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنـه لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أنها) أي أن هذه الشهادة (قامت على النفي) فلا تقبل (لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية ، لأنه لامطالب لها) من جهة العباد ، فلا تدخل تحت القضاء ، لأنهـا إن كانت طوعـاً فظاهر ، وإن كانت واجبة فالقاضي لا يجبر عليها ، فيثبت عدم المطالبة ، فلما انتفت الشهادة على المطالبـة بالتضحية ثبت أنها قامت على نفي الحج لا تقبل (فصار كما إذا شهدوا أنـه لم يحج في هذا العام) أي فصار حكم هذه الشهادة ، كما إذا شهدوا أنه لم يحج في هذا العـام ، فإن هذه الشهادة لا تقبل ، فكذا تلك الشهادة غاية الأمر جواب عن سؤال ، وهو أن يقـال إنما لا تقبل الشهادة على النفي إذا لم يكن الشاهد عالماً بالنفي ، أما إذا كان عالماً والشيء مما يعلم ويحاط تقبل الشهادة على النفي ، وفيما نحن كذلك فإنه ذكر في السير الكبير شاهدان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى ، فبانت منه امرأتـه ، والرجل يقول إنما قصدت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن الله قول النصارى ، قال إن الشهادة مقبولة ، لأن ذلك مما يحاط به ويعلم .

وتقرير الجواب أن يقال (غاية الأمر أن هذا النفي) وهو قول الشهرة أنه لم يحج العام (مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنه لا يميز بين نفي ونفي) أي لا يفرق بين نفي ونفي بأن يقال يقبل فيما إذا كان النفي مما يعلم ويحاط ، ولا يقبل فيما لا يعلم ويحاط ، بل لا تقبل في كل النفي (تيسيراً) ودفعاً للحرج عن الناس ، وهذا إذا ادعى رجل على رجل أنـه عضه أو جرحه يوم كذا ، فشهد شاهدان أن هذا الرجل في ذلك اليوم كان في مكان كذا وكذا لا يقبل شهادتهما ، لأن مقصوده أنه لم يجرح ولم يغضب .

وقال تاج الشريعة بعد أن قال فإن قلت الشهادة على النفي مقبولة بدليل ما ذكر محمد « رح » في السير الكبير ، وهو ما ذكرناه الآن .

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط ، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقريب . ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً ،وذلك بإتمامه إلى اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به .

فان قلت أنه صدق الشهوة فيما شهدوا عليه من نبوة المسيح ، وهذا القدر منه كان لثبوت النبوة ، ثم بعد ذلك بمنفى النبوة بقوله قد قلت . وقال النصارى فلا يصدق في حقها ، كمن قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ، ولا يقبل تفسيره ، انتهى .

مسألة السير قامت الشهادة فيها على أمر ثابت معاين ، وهو السكوت عقيب قوله المسيح ابن الله ، فلا يرد علينا نقضاً .

(ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم فصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط ، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات) وهو الأكل والشرب والجماع (على قصد التقرب[1]) وبهذا القدر يصير فاعلاً فعل الصوم هو الإمساك كما قلنا ، وما زاد تكرار الشرط ليس بشرط .

(ومن حلف لا يصوم صوماً أو يوماً) بأن قال لا يصوم صوماً (فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث ، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً ، وذلك باتمامه إلى اليوم ، واليوم صريح في تقدير المدة به)فلا بد من اليوم الكامل . فان قيل المقصود في قوله لا يصوم مذكور لغة . قلنا بلا لغة لا شرعاً ، وعند ذكر الصدر صريحاً منصرف إلى الكامل ، وهو الصوم لغة وشرعاً .

فان قيل يشكل هذا بما لو قال والله لأصوم من هذا اليوم ، وكان ذلك بعدما أكل

(١) التقريب – هامش .

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم . وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة ، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة ، بخلاف الصوم ، لانه ركن واحد ، وهو الإمساك ، ويتكرر في الجزء الثاني .

ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً ، وأقلها ركعتان

أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق ، والصوم مقرون باليوم ، ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي ، فان الصوم الشرعي بعد الأكل او بعد الزوال غير متصور . والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي ، وهو كون اليمين بعد الزوال أو بعد الأكل ، فانصرف إلى الصوم اللغوي ، وانعقدت يمينه عليه ، بخلاف ما نحن فيه ، فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي ، فيصرف اليه .

(ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم) فان في الصوم يحنث بمجرد الشروع ، فكان ينبغي أن يكون هذا كذلك ، ألا ترى أن الناظر اليه يسميه مصلياً حين افتتح الصلاه (وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة) من التكبير من القيام والقراءة والركوع والسجود (فيما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة) فلايحنث (بخلاف الصوم ، لأنه ركن واحد ، وهو الإمساك ، ويتكرر في الجزء الثاني) من حين ما مضى . وفي مبسوط تكرور ، ولا يشترط لأنها نصف القيام الموجود في أول الإفتتاح ، والتكرار ليس بشرط .

(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً ، وأقلها ركعتان) وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية يحنث

بركعة ، لأن الركعة الواحدة صلاة عندهما ، وعند الشافعي « رح » في قول وأحمد «رح» في رواية يحنث بالشروع ، لأنه يسمى مصلياً ،وفي وجه يحنث بالتمام على وجه الصحة

(للنهي عن البتيراء) قد ذكر المصنف حديث البتيراء في كتاب الصلاة في باب صلاة الوتر. وأخرجه ابن عبد البر في كتاب التمهيد عن عثمان بن محمد « رح » ابن أبي ربيعة عن عبد الرحمن حدثنا عبد العزيز الداوردي عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن البتيراء أن يصلي الرجل واحدة يوتر بها ، ومضى الكلام فيه هنالك . وقال صاحب المغرب البتيراء تصغير البتراء تأنيث ، الا وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص .



باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته إن لبست من غير ذلك فهو هدي فاشترى قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة « رح » . وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ،

(باب اليمين في الثياب واللبس والحلي وغير ذلك)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في لبس الثياب والحلي بضم الحاء وكسر السلام وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام ، بمعنى الحلي وجمع الحلية حلي بالكسر والقصر ، وقد جاء ضم الحاء في قليل الإستعمال ، كما جاء في لحى جمع لحية ، وجاء ضم أيضاً . والحلي في اللغة ما ليس من ذهب أو فضة أو جوهر ، كذا في الجمهور . وقال ابن الأثير الحلي اسم لكل ما يزيد من مصاغ الذهب والفضة ، وقوله وغير ذلك مثل الحلف على أن لا يجلس على الأرض ، ولا يجلس على سرير .

(ومن قال لامرأته إن لبست من غير ذلك فهو هدي) أي صدقة تصدق به على فقراء مكة (فاشترى قطناً فغزلته ونسجته له فهو هدي عند أبي حنيفة « رح ») الهدي اسم لما يهدى إلى مكة ، أي يستعمل اليها للتصدق ، ثم إذا نذر أن يهدي ثوباً جاز له أن يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم . ولو نذر أن يهدي حمالا يجوز أن لا يذبح بمكة ويتصدق . ولو تصدق به حياً لا يجوز ، ولا يكون هدياً حتى يذبح . ثم إذا سرق لاشيء عليه ، كذا ذكره صاحب الأجناس ، وذلك لقوله تعالى ﴿ ثم محلها إلى البيت العتيق ﴾ ٣٣ الحج ، وإذا نذر بما لا ينقل يكون نذراً بالقيمة لتعذر نقل العين .

(وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزله) أي امرأته (من قطن ملكه يوم حلف ،

ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليهـــا . لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملـــك ، ولم يوجد ، لان ما لبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكـــه . وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج ، والمعتاد هو المراد ، وذلك سبب لملكه ، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر ، لان القطن لم يصر مذكوراً . ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث، لانه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً ، حتى أبيح استعماله للرجال

ومعنى الهدي التصدق به) أي بالثوب (بمكة ، لأنه اسم لما يهدى اليها) وقد بسطنـا الكلام آنفاً (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملك) لقوله ﷺ لا نذر فيما لا يملك ابن آدم (ولم يوجد) أي واحد منهـــا (لأن اللبس وغزل الثوب من أسباب الملك) فلا يصح اليمين في حق القطن المشترى بهذا يحلف ، وهذا هو القياس .

(وله) أي ولأبي حنيفه « رح » (أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) إلا نادراً ، ومبنى الأيمان على العرف والعادة ، فيكون اليمين مقيدة بالعادة (والمعتـاد هو المراد ، وذلك سبب الملك) أي لملك الزوج ، فكأنه قال إن لبست من غزلك من قطن أملكه ، فلو قال هكذا يتناول القطن الحادث ، فكذلك هذا (ولهـذا يحنث) إيضاح لقوله ، وذلك سبب لملكه (إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر ، لأن القطن لم يصر مذكوراً) حاصل المعنى أن يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر ، مع أن القطن المملوك له يوم النذر ليس بمذكور وقت اليمين ، لكنه أريد بذلك بدلالة العادة ، فكـذا في المشترى ، فكانت الإضافة إلى غزلها إلى ملكه عادة .

(ومن حلف لا يلبس حلياً) بفتح الحاء وسكون اللام (فلبس خاتم فضة لم يحنث ، لأنه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً ، حتى أبيح استعماله للرجال) وعند الأئمة الثلاثة يحنث .

والتختم به لقصد الختم ، وإن كان من ذهب حنث ، لانـــه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال . ولو لبس عقـــد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يحنث لانه حلي حقيقة ، حتى سمي به في القرآن . وله أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً ،ومبنى الأيمان على العرف . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان،

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ، فإن كان الخاتم ممـــا يلبسه النساء ينبغي أن يحنث . وفي جامع قاضي خان قال مشايخنا « رح » هذا إذا كان خاتم الفضة مصنوعاً على هيئة خاتم الرجال إذا لم يكن فيه فص ، فان كان فيه فص حنث ، ويحنث بلبس السوار والخلخال والقلادة والقرط والدملوج ، سواء كان من فضة أو ذهب بالإجماع (والتختم به للتختم) أي أبيح التختم بخاتم الفضة لأجل الختم بفتح الخاء وسكون التاء ، يعني لا لأجل الزينة . وقال الكاكي « رح » وإنما حل التختم لإقامة السنــة لا للتزين ، فلم يكن حلياً كاملا ، فلا يدخل تحت مطلق اسم الحلي .

(وإن كان) أي الخاتم (من ذهب حنث ، لأنه حلي ، ولهذا لا يحل استعماله) أي استعمال الذهب (للرجال) سواء كان فيه فص أو لم يكن (ولو لبس عقد لؤلؤ) بكسر العين وهو القلادة (غير مرصع) أي غير مركب بذهب وفضة من الترصيع وهو التركيب (لم يحنث عند أبي حنيفة . وقالا يحنث) وبه قالت الثلاثة (لأنه حلي حقيقة حتى سمي به) أي بالحلي (في القرآن) وهو قوله تعالى ﴿ تستخرجون منه حلية تلبسونهـــا ﴾ ١٤ النحل ، والمستخرج من الجوهر اللؤلؤ غير مرصع ، وعلى هـــذا الخلاف عقـــد زبرجد أو زمرد غير مرصع .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رض » (أنه) أي اللؤلؤ (لا تحلى به عرفاً إلا مرصعاً ، ومبنى الأيمان على العرف) وقال التمرتاشي « رح » والرعياني ، ومن مشايخنا « رح » من قال على قياس قول أبي حنيفة « رح » لا بأس بلبس المرأة والرجال اللؤلؤ (وقيـــل هذا اختلاف عصر وزمان) لا حجة وبرهان ، لأنه لا يتحلى به وحده في زمانه . وفي زمانهما

ويفتي بقولهما ،لان التحلي به على الإنفراد معتاد . ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث، لانه تبع للفراش فيعد نائماً عليه ، وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث ، لان مثل الشيء لا يكون تبعاً له،فتنقطع النسبةعن الاول. ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصيرلم يحنث، لانه لا يسمى جالسا على الارض، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الارض لباسه،

كان يتحلى به وحده . قال الفقيه أبو الليث « رح » كل واحد منهم قال على عادة زمانه . وقال صاحب الهداية « رض » (ويفتي بقولهما) لأن قولهما أقرب الى عرف ديارنا . قلت هكذا العرف في سائر الديار ، خصوصاً في الديار المصرية .

(ومن حلف لا ينام على فراش) أي فراش معنى ، بدليل قوله وإن جعل فوقه فراش آخر (فنام عليه) لا يحنث ، فلو كان المراد منكراً حنث ، لأنه نام على فراش فنام عليه (وفوقه قوام[1]) بكسر القاف وتخفيف الواو وهو الرقيق ، كذا في الجمهرة (حنث لأنه) أي لأن القوم (تبع للفراش ، فيعد نائماً عليه) الأصل في هذا أن الشيء إذا كان فوق شيء ، فان كان الأعلى يصلح أن يكون أصلاً بنفسه يضاف الجلوس والنوم اليه لا إلى الذي تحته ، وإن كان الأعلى تبعاً يضاف إلى ما تحته ، فاعتبر ذلك في الذي مضى ، وفي الذي يأتي وهو قوله (وإن جعل فوقه فراشاً فنام عليه لا يحنث ، لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له ، فقطع النسبة عن الأول) أي عن الفراش الأول فلا يحنث ، لأن يمينه على الأول ، ولم يتم على الأول ، وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا، وهي رواية الجامع الكبير . وقال صاحب المختلف قال أبو يوسف « رح » في الأمالي يحنث ، لأنه نام عليهما جميعاً ويقال في العرف أيضاً نام على الفراشين .

(ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث ، لأنه لا يسمى جالساً على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه) أي صار لباس الحالف

---

(١) قرام — هامش .

لانه تبع له ، فلا يعتبر حائلا . وإن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث ، لانه يعد جالساً عليـــه ، والجلوس على السرير في العادة كذلك ، بخلاف ما إذا جعل فوقه سرير آخر ، لانه مثل الاول ، فقطع النسبة عنه

حائلا ، أي حاجزاً بين الحالف وبين الأرض (لأنه) أي لان لباس الحالف (تبع له) أي للحالف (فلا يعتبر حائلاً) فيحنث .

(ولو حلف لا يجلس على سرير فيجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث ، لأنه يعد جالساً عليه) أي على السرير (والجلوس على السرير في العادة كذلك) ألا ترى أنهم يقولون جلس الأمير على السرير ، وإن كان فوق السرير بساطاً فيعدونه تبعـــاً للسرير (بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر ، لأنه مثل الأول ، فتقطع النسبـة عنـه) وقال الحاكم الشهيد في الكافي ، وإن حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنث ، وإن حلف على بساط لم يحنث . وإن مشى على ظهر أحجار حنث ، لأنها من الأرض .

* * *

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال إن ضربتك فعبدي حر ، فهو على الحياة ، لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت

(باب اليمين في القتل والضرب وغيره)

أي هذا باب في بيان حكم اليمين في الضرب وحكم اليمين في القتل قوله — وغيره — أي وغير المذكور من الضرب والقتل مثل القتل والحق القص .

(ومن قال إن ضربتك فعبدي حر) فمات فضربه (فهو على الحياة) أي حلف على كونه المخاطب حياً (لأن الضرب اسم لفعل مؤلم) أي موجع (يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت) ونوقض بقوله تعالى ﴿ وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث ﴾ ٤٤ ص ، رصف بن أيوب عليه السلام في يمينه الضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الإيلام لما أن الضغث عبارة عن الحرمة الصغيرة من ريحان أو حشيش ، فلم يكن لمجموعه إيلام ، فكيف الجزاء . وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكماً ثابتاً بالنص في حق أيوب عليه السلام خاصة إكراماً له في حق امرأته تخفيفاً عليها ، لعدم جنايتها على خلاف القياس ، ولا يلحق به غيره . وقيل ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة ، حيث حلل الله يمينه بأهون شيء أداه عن امرأته وحسن خدمتها إياه ، وكلامها في العزيمة فلا يقاس على ما ثبت رخصة ، بخلاف القياس وغيره .

وفي شرح الطحاوي ومن حلف ليضربن فلاناً مائة سوط فضرب بها مرة واحدة إن وصل إليه كل سوط بحاله ، بر في يمينه ، والإيلام شرط فيه ، لأن المقصود من الضرب الإيلام ، وبه قال المزني « رح » . وقال الشافعي « رح » يبر بمجرد الضرب بدون الإيلام . وقال مالك وأحمد يحنث . وفي وصول الألم شرط عندهما .

---

(١) هكذا في الأصل .

ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيــــاة في قول العامة ، وكذلك الكسوة ، لانه يرادبه التمليك عند الإطلاق ، ومنــــه الكسوة في الكفارة ، وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر .

(ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة) هذا جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقـال إن قولكم الإيلام لا يتحقق في الميت لكل بعذاب الميت في القبر ، فأجاب بقوله ومن يوضع.. إلى آخره (في قول العامة) احترز به عن قول الكرامية والصالحية ، وهم قوم ينسبون إلى أبي الحسين الصالحي ، فانهم لا يشترطون الحياة شرطاً لتعذيب المسبب ، وعـــذاب القبر ثابت عند أهل السنة وإن اختلفوا في كيفيته ، فقال بعضهم يؤمن بأهل العذاب ويسكت عن الكيفية ، لأن الواجب علينا تصديق ما جاء في السنة المشهور ، وهو التعـذيب بعد الموت . وعند العامة يوضع فيه الحياة ، لأن الإيلام لا يكون بلا حياة ولا علم . ثم اختلفوا فقيل يوضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة . وقيل يوضع فيه الحياة من كل وجه.

(وكذلك الكسوة) يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حر ، فكساه بعـد الموت لا يحنث (لأنه يراد به) أي بالكسوة على تأويل الإكتساء (التمليك) أي تمليك الثوب (ومنه الكسوة في الكفارة) أي في كفارة اليمين ، قال الله عز وجل ﴿ أو كسوتهم ﴾ فلو أنه اكتسى عشرة أموات عن كفارة يمينه لم يجزئه، لعدم التمليك يؤيده أن الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة . قال الأترازي « رح » وفيه نظر لا يخفى (وهو) أي التمليك (من الميتة لا يتحقق) ولهذا لو تبرع عليه أحد بالكفر ثم أكلـه التبع يعود الكفر إلى المتبوع لا إلى وارث الميت ، ذكره التمرتاشي (إلا أن ينوي به) أي بالكسوة على تأويـــل الإكتساء (الستر) فحينئـــذ يحنث ، لأن فيه تشديداً عليه ، والميت يستر كالحي .

فان قيل الميت مما يكسا الكفن . قلنا لا ، ولكن يلبس الكفن ، والإلبـــاس غير الإكتساء ، فانه لا يبنى على التمليك ، والاكتساء يبنى على التمليك ، يقـال كسا الأمير فلاناً ، أي ملكه كسوة ، والإلباس عبارة عن الستر والتغطية ، والميت محل لذلك ، ألا

وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس، وكذا الكلام والدخول، لأن المقصود من الكلام الإفهام، والموت ينافيه

ترى أنه لو حلف لا يلبس فلاناً ثوباً فهو على الحياة والوفاة جميعاً كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي « رح ».

(وقيل بالفارسية) قائله أبو الليث « رح » أن اليمين المذكور إذا كانت باللغة الفارسية (ينصرف إلى اللبس) يعني يراد به اللبس، ولا يراد به التمليك (وكذا الكلام) وإن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه بعد موته لا يحنث (والدخول) بأن حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بعدما مات لا يحنث في يمينه (لأن المقصود من الكلام الإفهام) أي إفهامه فلاناً (والموت ينافيه) أي ينافي الكلام، لأن المراد من الكلام الإسماع، والميت ليس بأهل الإسماع. ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ إنك لا تسمع الموتى ﴾ ٥٢ الروم، وإلى قوله تعالى ﴿ وما أنت بمسمع من في القبور ﴾ ٢٢ فاطر.

فان قيل قد روي أنه عليه السلام كلم أصحاب القليب يوم بدر حيث سماهم بأسمائهم، فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقد وجدت ما وعدني ربي حقاً. قلت أجاب الأكمل بأن ذلك كان معجزة له عليه السلام. وقال الاترازي « رح » إنهم لما قالوا يا رسول الله إنهم لا يسمعون، فقال انهم يسمعون كما تسمعون، وإنما أراد بهم أنهم يعلمون أن الذي قلت لهم حقاً.

قال الكاكي فان قيل قد روي أن قتلى بدر لما القوا في القليب قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأس القليب، وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقال عمرو رضي الله عنه أتكلم الميت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عليه السلام ما أنتم بأسمع من هؤلاء. قلنا هو غير ثابت، فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة، قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فانه تعالى قال ﴿ إنك لا تسمع الموتى ﴾ ٥٢ الروم، ﴿ وما أنت بمسمع من في القبور ﴾ ٢٢ فاطر، على أنه عليه السلام كان مخصوصاً به معجزة له. وقيل المقصود به وعظ الأحياء لا إفهام الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه أنه إذا أتى المقابر قال عليه السلام ديار قوم مؤمنين أما نسائكم فقد نكحت، وأما أموالكم فقد قسمت، وأما دوركم فقد سكنت، فهذا خبركم عندنا، فما

خبرنا عندكم ، وكان يقول سبيل للأرض من شق أنهارك ، وغرس أشجارك ، وجنى ثمارك ، فان لم تجبك جواباً بإجابتك اعتباراً كان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا للخطاب للموتى .

(والمراد من الدخول عليه) أي على فلان (زيارته ، وبعد الموت يزار قبره لا هو) أي لا يزار الميت ، لأن المراد من الدخول عليه إكرامه بتعظيم أو إهانته بتحقيره أو زيارته فلا يتحقق الكل بعد الموت . ولأن الميت كالغائب في حق الأخيار . ومن طاف بباب رجل لا يعد زائراً له . ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائراً أولى . وقال في شرح الطحاوي الأصل في هذا أن في كل بلد ويؤلم ونعيم بموسر يقع على الحياة [1] دون الممات كالضرب والجماع والشتم والكسرة والدخول عليه . وفي الكافي الأصل في هذا أن مايشارك الميت فيه الحي فاليمين ، وقال على الحالين ، وأما ما اختص به الحي فيتقيد بالحياة . فلو قال إن ضربتك أو كسوتك أو كلمتك أو دخلت عليك أو قال لامرأته إن وطئتك أو قبلتك فعبده حر يتقيد بالحياه ، حتى لو فعل هذه الأشياء بعد الموت لايحنث، والغرض في الوطء والتقبيل لا يتحقق بعد الموت .

فان قيل إن النبي ﷺ قبل عثمان بن مظعون رضي الله عنه بعدما أدرج في الكفن ، وقبل أبو بكر بين عيني رسوله الله ﷺ بعدما أدرج في الكفن . قلنا ذا ضرب الشفقة أو التعظيم والموت لا ينافيه ، وتقبيل النساء لإقضاء الشهوة ، فيقيد بالحياة حتى لو كان للشفقة أو التعظيم كما في الولد أو الوالد والعالم . قيل لا يقيد بالحياة . وقيل يتقيد أيضاً ، لأن الأوهام لا تنصرف إلى تقبيل الميت بخلاف . وإن غسلتك أو حملتك أو متكثر أو المشك ، فلأنها لا تقيد بالحياة ، لأن الغسل يراد به التنظيف والتطهير ، وهذا يتحقق في الميت أشار اليه بقوله :

---

(١) هكذا الجملة في الأصل ، وفيها خطأ . اه مصححه .

ولو قال إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعدما مات يحنث، لان الغسل هو الإسالة ، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلـــك في الميت . ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أوعضها حنث ، لانـــه اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام . وقيل لا يحنث في حال الملاعبـة ، لانه يسمى ممازحة لا ضرباً ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق، وفلان ميت وهو عالم به حنث ، لانه

(ولو قال إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعدما مات يحنث ، لأن الغسل هو الإسالة، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلك في الميت) ألا ترى أنه يجب غسل الميت بتطهير كيف ينافيه ، ولو صلى على ميت قبل الغسل لم يجز ، وبعده يجوز .

(ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو عضها أو خنقها حنث ، لأنـــه) أي لأن الضرب (اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام) بهذا الفعل ، وكذلـك إذا قرصهـــا أو وجأها ، ذكره في الأصل ، وبه قال أحمد ومالك « رح » ، فهالك يعتبر وصول الألم إلى جسمها أو قلبها من سب أو شتم أو غيره ليتحقق الايلام بهـا ، وهو المقصود ، وبعض أصحاب الشافعي « رح » مثل قوله ، وعند الشافعي القص والخنق والقرص ونتف الشعر فليس بضرب ، ولا يشترط فيه الايلام .

(وقيل لا يحنث في حال الملاعبة ، لأنه يسمى ممازحة لا ضرباً) قال الكاكي«رح» وهذا يدل على أنه لو ضربه حال الممازحة لا يحنث . وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا إذا كان في الغضب ، أما إذا كان يلاعبها فضربها برأسه خطأ منـــه فأصاب أنفها فأدماه وآلمها لم يحنث ، لأن هذا لا يعد ضرباً . ونقـــل في الخلاصة عن المنتقى إذا حلف لا يضرب فلاناً فنعص ثوبه فأصاب وجهه ، أو رماه بحجر أو نشابـة فأصابه لا يحنث .

(ومن قال إن قتل فلاناً فامرأته طالق ، وفلان ميت ، وهو عالم به حنث ، لأنـــه

عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي . وإن لم يعلم لا يحنث . لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه . ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الإختلاف . وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح

عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور) يعني يمكن بالنظر إلى قدرة الله (فينعقد) يمينه عليه (ثم يحنث للعجز العادي) أي لعجزه عادة عن قتله (وإن لم يعلم بأنه ميت لا يحنث ، لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ، ولا يتصور) البر ، فلما لم يتصور البر لم يتصور الحنث (فيصير) أي حكم هذه المسألة (قياس مسألة الكوز) اذا حلف إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم ، فامرأته طالق (على الاختلاف) المذكور فيها ، وهو أن عندهما لا يحنث ، وعند أبي يوسف « رح » يحنث ، كما قال في مسألة الكوز ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده ، وقد مر تقريره في باب اليمين في الأكل والشرب .

(وليس في تلك المسألة) أي في مسألة الكوز (تفصيل العلم) يعني أنه لا يقال فيها أنه علم أو لم يعلم ، يعني سواء علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم بخلاف قتل فلان ، فانه إذا علم بموته يحنث ، وإذا لم يعلم بموته لا يحنث (هو الصحيح) احترز به عن قول المشايخ في العراق ، فانهم قالوا في مسألة الكوز ، هذا إذا لم يعلم ، يعني عدم الحنث عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، إذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز ، فأما إذا علم فيحنث أي يصح يمينه ، فيحنث نقل قولهم فخر الاسلام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير .

* * *

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينـــه إلى قريب ، فهو ما دون الشهـــر ، وإن قال إلى بعيد ، فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريبـا ، والشهر ما زاد عليه يعد بعيداً ، ولهذا يقال عنـــد بعد العهد ما لقيتك منذ شهر .

(باب اليمين في تقاضي الدراهم)

أي هذا باب في بيان اليمين بتقاضي الدين ، وإنما خص الدراهم بالذكر دون الدنانير ، لأنها أكثر استعمالاً حتى قدر أقل المهر ونصاب السرقة بها دون الدنانير ، ونقب الباب بتقاضي الدين ، يعني استيفاؤه وهو الطلب بقضائـه ، وذكر مسائله بلفظ القضاء ، وهو الأداء . والقضاء يجيء بمعنى الأداء قال الله تعالى ﴿فإذا قضيت الصلاة﴾ ١٠ الجمعة ، أي إذا أديت .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب ، فهو على ما دون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريباً ، والشهر وما زاد عليه يعد بعيداً) وقال الشافعي « رح » لا حد لذلك كما قاله في شرح الأقطع ، وبيان مذهبه أن مدة القريب والبعيد لا تنفذ بشيء ، وبه قال أحمد « رح » لوقوعها على القليل والكثير فمتى قضاه بر ، وإنما يحنث إذا مات قبل أن يقضيه مع التمكن (ولهـذا) أي ولأجل أن ما زاد على الشهر يعده بعيداً (يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر) وهذا فيما إذا لم ينو ، أما إذا نوى . فهو على ما نوى بدليل ما ذكره في الأجناس .

وقال لو حلف والله لا أكلمك قريباً ، فهو على أقل من شهر بيوم ، ثم قال أبو حنيفة « رح » ، إن نوى أكثر من شهر يدين في القضاء وفي فتاوى الولوالجي ، لو قال لأعطـــين

ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم ، فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو بنهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف ، لأن الزيافة عيب ، والعيب لا يعدم الجنس . ولهذا لو تجوز به ، صار مستوفياً

حقك عاجلا ، وهو ينوي وقتاً ، فهو على ما نوى ، وإن نوى سنة ، لأن الدنى[1] كلها قريب عاجل ، فإن قيل ما من زمن إلا وهو قريب ، بالإضافة إلى ما هو فوقه ، وبعيد بالإضافة إلى ماهو دونه ، فلم يدل دليل على إرادة البعض دون البعض ، وأجيب بأنا لا نسلم عدم الدلالة ، وكيف لا يدل والعرف دليل يمينه ، ومبنى الايمان على العرف .

(ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم فقضاه ، ثم وجد فلان بعضها) أي بعض دراهم الدين (زيوفاً) جمع زيف ، وهو ما زيفه بيت المال ، لكن يروج فيما بين التجار ، وهو من زافت عليه دراهم ، أي صارت مردودة عليه (أوبنهرجة) قال الأترازي البنهرج مايهرجه التجار لغش فيه وهو أردى من الزيف . وقال الكاكي قيل البهرجة لفظة أعجمية معربة ، وأصلها بنهرجة ، وهو الحظ ، يعني حظ هذه الدراهم من الفضة أقل ومن الغير أكثر مما يوجد في دار الضرب . وفي المبسوط البنهرجة ما يهرجه التجار والتسامح منهم تجويزه . والمستفيض منهم لا يجوز به الغش فيه (أو مستحقة)أي أو وجدها فلان مستحقة استحقها شخص ينيب (لم يحنث الحالف) وقال الشافعي « رح » بقولنا ، وقال مالك « رح » حنث . قال اللخمي من أصحابه هذا مراعاة اللفظ ، أما بالنظر إلى القامة لا يحنث (لأن الزيافة عيب) وفي المغرب قياس مصدره الزيوف ، وأما الزيافة لغة الفقهاء « رح » (والعيب لا يعدم الجنس) يعني اسم الدراهم لا يزول بهذه الأوصاف لأنها غير العيب لا يعدم الجنس .

(ولهذا) أي ولأجل عدم زوال اسم الدراهم بهذه الأوصاف (لو تجوز به) أي لو تسامح القابض بالدراهم الزيوف والبنهرجة (صار مستوفياً) حقه ، وكذا لا تجوز بها في رأس مال المسلم وبدل الصوم فيجوز ولوفات بذلك إسم الدراهم لكان يفسد ألا وهو حرام

---

(١) هكذا رسمت في الأصل . اهـ مصححه .

فوجد شرط البر، وقبض المستحقة صحيح. ولا يرتفع برده البر المتحقق، وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة حنث، لأنهما ليسا من جنس الدراهم، حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم، وإن باعه بها عبداً وقبضه بر في يمينه، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت

فيها (فوجد شرط البر) فلا يحنث (وقبض المستحقة صحيح) حق لو أجازت المستحق جاز وعند عدم الإجازه ينفسخ القبض. وكذا لو أجازه المستحقق في الصرف والسلم بعد الإفتراق جاز فيوجد شرط البر فيه (ولا يرتفع برده) أي برد ما قضى من الزيوف والبنهرجة أو المستحقة (البر المتحقق) لأن شرطه البر، لا يحتمل الانقاض لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقل الفسخ، والانقاض كالكتابة، فإن مولى المكاتب إذا رأى البدل لكونه زيوفاً أو بنهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينقض العتق، بخلاف قضاء الدين، فانه ينقض برد القيود بعيب، أو الاستحقاق لأن بناء القامة وقد زالت.

(وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة) بفتح السين فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات، لأنها صفر مموه من الجانبين بالفضة، وقيل الستوقة أردى من البنهرجة. وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان الصفر أو النحاس غالباً (حنث). وبه قال الشافعي «رح» ومالك «رح» (لأنهما) أي لأن الرصاص الستوقة (ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم) أي حتى لا يجوز التسامح بهما في ثمن الصرف، وكذا في السلم لأنها ليست من جنس الدراهم، ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابة رصاصاً أو ستوقة، لا يعتق المكاتب. كذا قال الشيخ أبو المعين النسفي «رح» وذكر التمرتاشي لو أدى المكاتب بدل الكتابة وحكم بعتقه ثم وجد البدل ستوقة لم يعتق، ولو وجد زيوفاً أو بنهرجة أو مستحقة لم يبطل العتق.

(وإن باعه بها عبداً) أي وإن باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين عبداً (وقبضه) أي قبض العبدين رب الدين (بر في يمينه) أي بر الحالف في يمينه، لأنه قضى دينه، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة (لأن قضاء الدين طريقه المقاصة)، وقد تحققت

بمجرد البيـع فكأنه شرط القبض ليتقرر به، وإن وهبها له يعني الدين ، لم يبر لعدم المقاصة ،

بمجرد البيع) فيحتمل القضاء في يمينه بيانه أن حق رب الدين في الدين لا في العين، والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لأنه وصف ثابت في الذمة ، ولكن ما يقتضيه رب الدين من العين يصير مضموناً عليه ، لأنه قبض على جهة التملك ، فكان ديناً عليه للمديون ، ولرب الدين على المديون مثله ، فاكتفى الاتيان قصاصاً . وهذا معنى قول أصحابنـا المديون ، فقضى بأمثالها لا بأعيانها فلا تحقق انفساخه بمجرد البيع قبض الدين العبد أو لم يقبض ، ولكن قيد القبض وقع في رواية جامع الصغير ، أشار اليه المصنف « رح » بقوله :

(فكأنه) أي فكأن محمد « رح » (شرط القبض) في رواية الجامع (ليتقرر بـه) أي ليتأكد البيع بالقبض ، لأن المبيع إذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع ، لكن لا يرتفع البر لأنه لا يقبل الانتقاض ، هذا الذي ينافي البيع الصحيح . أما في البيع الفـاسد إذا قبض العبد ، فإن كان في قيمته وفاء بالحق بر وإلا حنث لأنه مضمون بالقسمـة (وإن وهبها) أي وإن وهب المداين دراهم الدين (له) للمـديون ، وفسره بقوله (يعني الدين لم يبر) لأنه شرط البر القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) قال الكاكي « رح » ، قوله لم يبر قولهم أنه يحنث ، بل معناه لم يبر ولم يحنث أيضاً عندهما خلافاً لأبي يوسف « رح » لفوات المحلوف عليه وهو الدين كما في مسألة الكوز ، لأن قوله لم يـبر أعم من قوله يحنث ، ومن قوله تبطل اليمين فحمل على الثاني تصحيحاً لكلامه .

وقال الأترازي « رح » فيه نظر ، لأنه حينئذ يلزم منه ارتفاع النقيضين، وهو فاسد، لأن البر نقيض الحنث ، فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ، ومن ارتفـاع أحدهما يلزم وجود الآخر ، فلا يجوز أن يرتفعا جميعاً . وقال الأكمل « رح » رداً عليـه ، ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك ، فإذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس ، فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما ، وقيل ذكر اليوم في وضع المسألة وقع سهواً من الكاتب. وذكر البزدوي والسرخسي المعين هذه المسألة مطلقة غير مؤقتة باليوم . وفي المحيـط ولو أبرأه

لأن القضاء فعله ، والهبة إسقاط من صاحب الدين . ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم ، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً ، لأن الشرط قبض الكل ، لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف اليه ، فينصرف إلى كله ، فلا يحنث إلا به ، فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث ، وليس ذلك بتفريق . لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة ، فيصير هذا القدر مستثنى عنه

أو وهبه لم يحنث ، وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي الدين ، فوهبه وأبرأه لم يحنث عندهما ، خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

(لأن القضاء فعله) أي ولأن القضاء فعل المديون بالإبراء أو الهبة (والهبة إسقاط من صاحب الدين) يعني الهبة فعل الدين بالإبراء ، وهو إسقاط منه ، فلا يكون فعل أحدهما فعلاً للآخر ، فلا يبر المديون بفعل الدائن (ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم ، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً ، لأن الشرط قبض الكل) أي لأن شرط الحنث قبض كل الدين متفرقاً ، وهو معنى قوله (لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف) حيث قال لا يقبض دينه (مضاف اليه) أي إلى الدين (فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به) أي بالشرط المذكور وهو قبض الكل متفرقاً ولو قبض في أول الشهر بعضه وفي آخره بعضه حنث لوجود الشرط بخلاف التفريق الضروري أشار اليه بقوله :

(فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وذلك ليس بتفريق ، لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه) هذا الذي ذكره القدوري « رح » استحسان والقياس أن يحنث . كذا ذكر أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير ، وبالقياس قول زفر « رح » لأن شرط الحنث

ومن قال إن كان لي إلا مائـــة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث ، لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة ، ولأن استثناؤها بجميع أجزائها . وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة لأن كل ذلك أداة الإستثناء

قبض الكل متفرقاً ، وقد حصل ذلك لما وزن خمسين فدفعها اليه ، ثم وزن خمسين أخرى فدفعها اليه لأنه حصل قبض الكل بصفة التفريق . وجه الاستحسان أن الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة ، فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة ، والحـــال إذا كثر لا يمكن قبضه إلا بهـــذا الطريق ، فصار هذا القدر من التفرق مما لا يمكن الإمتنـــاع منه فيجعل مستثنى عن اليمـــين لا بدلالة الحال ، وهو نظير لا أسكن هذه الـــدار وهو ساكنها .

(ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق ، فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث ، لأن المقصود منه عرفاً ، نفي ما زاد على المائة) وشرط الحنث ما زاد على المائة ، فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلم يحنث (ولان استثناؤها لجميع أجزائها) وكذا لأن مستثنى المائـــة يكون مستثناه للخمسين ضرورة ، لان الاستثناء لا يكون إلا بجميـــع أجزائها ، والخمسون من أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة ، لأن كل ذلك أداة الاستثناء) لأن حكم لفظ غير ولفظ سوى حكم الأدنى الجامع الكبير ، لو قال عبده حر ان كنت لا أملك إلا خمسين درهماً ، فلم يملك إلا عشرة لم يحنث لأنها بعض المستثنى، ولو ملك زيادة على خمسين أو كان من جنس مال الزكاة ، وحلف مالي مال ، يحنث بمال الزكاة ، وعنـــد الشافعي « رح » يحنث بكل مال وعند مالـــك « رح » المال هو الذهب والفضة .

مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً ، لأنه نفي الفعل مطلقاً فعم الإمتناع ، وضرورة عموم النفي وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه ، لأن الملتزم فعل واحد غير عين إذ المقام مقام الإثبات ، فيبر بأي فعل فعله ، وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل

(مسائل متفرقة)

أي هذه مسائل متفرقة ، وارتفاع مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف إلى هذه مسائل ومتفرقة صفتها ومعناها من مواضع شتى ، وقد جرت عادة المصنفين « رح » بأن يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في آخر أبوابه استداركاً له .

(وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه نفى الفعل مطلقاً فعم الإمتناع) أي الإمتناع في الفعل أبداً (ضرورة عموم النفي) لأن قوله لا يفعل بمقتضى مصدره انكره، بدلالته على المصدر ظاهراً ، لأنه لا ينفك عنه . وأما كونه نكرة ، فهو الأصل ، لأن المعرفة تعارض النكرة ، وإذا وقت في موضع النفي تعم ، فإذا فعل بوجه من الوجوه ووقت من الأوقات حنث .

(وإذا حلف ليفعلن كذا ففعله) أي فعل ذلك الفعل (مرة واحدة بر في يمينه ، لأن الملتزم) بفتح الزاي أي الذي التزمه الحالف (فعل واحد غير عين) أي غير معين ، نحو قوله ليصلين أو ليصومن أو ليحجن أو ليتصدقن ، فإنه إذا فعل ذلك الشيء من هذه الأشياء مرة واحدة بر في يمينه (إذ المقام مقام الإثبات) لأن النكرة في موضع الإثبات لا تعم فتجزى، بأدنى ما ينطلق عليه إسم المحلوف عليه ، سواء فعله مختاراً أو مكرهاً أو ناسياً بطريق الوكالة وهو معنى قوله (فيبر بأي فعل فعله وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه) أي عن ذلك الفعل (وذلك) أي اليأس منه (بموته) أي بموت الحالف (أو بفوات محل الفعل) وهو المحلوف عليه ، كما إذا حلف لآكلن هذا الرغيف ، أو لأبصرن البصرة ،

وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر دخل البلد . فهـــذا على حال ولايته خاصة لأن المقصود منه دفع شره أوشر غيره بزجره .

فان مات هذا حنث . قال صاحب التحفة ويجب عليه الكفـــاره ويرضى بها إذا كان الهالك هو الحالف .

قال الكاكي « رح » هذا الذي ذكره فيما إذا عقد يمينه مطلقاً ، أما إذا عقده موقتاً، فلا يحنث قبل مضي ذلك الوقت ، وإن وقع اليأس بموته بفوت المحل ، لما أن الوقت مانع من الإنحلال ، إذ لو انحل قبل مضي الوقت ، لم يكن للوقت فائدة كذا في الإيضاح .

وقال الأترازي « رح » ، ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه أبداً فيما إذا كانت اليمـــين مطلقة . أما إذا كانت مؤقتة بزمان ، كاليوم والشهر ، فيتوقت يمينـــه بذكر الزمان ، فبعد ذلك تنحل يمينه ، ولا يلزمه ترك الفعل بعد ذلك الزمان . وأما التوقيت في الإثبات كقوله والله لآكلن هذا الرغيف اليوم ، فانه لا يحنث ما دام الحـــالف والمحلوف عليه قائمين ، واليوم باق . أما إذا قضى اليوم يحنث ، وإن كان قائمين بفوات الـــبر لفوات الوقت المعين . وأما إذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق ، وإن هلـــك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم ، أجمعوا أنه لا يحنث في الحال ، فاذا مضى اليوم اختلفوا . قال أبو حنيفة ومحمد « رح » لا يحنث في يمينه ، وقال أبو يوسف « رح » يحنث ، ويجب الكفارة ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده خلافاً لهما .

(وإذا استحلف الوالي) بتشديد اللام من التحليف (رجلا ليعلمنه) من الإعـــلام (بكـــل داعر دخل البلد) وفي بعض النسخ مكان كل داعر ، والداعر بالدال والعين المهملتين ، على وزن فاعل وهو الخبيث المفسد من الناس ، وجمعه دعار من الدعر ، وهو الفساد . يقال دعر العود تدعر دعراً من باب علم يعلم إذا فسد (فهو على حال ولايتـــه خاصة) أي يفيد اليمين على حال ولايته ، وبـــه قال الشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » في رواية (لأن المقصود منه) أي لأن غرض المستحلف من هذا (دفع شره أوشر غيره) أي دفع الداعر أو دفع غيره أي غير الداعر (بزجره) أي بزجر الـداعر ، يعني

فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته، والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية، ومن حلف أن يهب عبده لفلان، فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر « رح »، فإنه يعتبره بالبيع، لأنه تمليك مثله، ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع، ولهذا يقال وهب

لو زجر الداعر ينزجر غيره من الرعاة (فلا يفيد فائدته) أي فائدة الزجر (بعد زوال سلطنته) أي سلطنة هذا الوالي، أي شوكته وقدرته على ما بطلت منه (والزوال بالموت) أي بموت هذا الوالي (وكذا بالعزل) أي بعزله .

(في ظاهر الرواية) عن أصحابنا وهي رواية الزيادة، وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الرفع اليه بعد العزل . وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية لأنه يفيد في الجملة لاحتمال أن يولى ثانياً، فيؤدي الداعر عينه ليبطل الدفع بقوله لا بموته، وكذلك السلطان إذا حلف رجلا أن لا يخرج من الكوزة إلا باذنه، فهو على حال ولايته، كذا في الزيادات .

(ومن حلف أن يهب عبده لفلان، فوهبه ولم يقبل) أي الموهوب له (بر في يمينه) أي لم يحنث (خلافاً لزفر « رح ») فانه يحنث عنده . وفي الكافي حلف ليهب عبده بفداد فوهبه له ولم يقبل، وإن كان الموهوب له غائباً لم يحنث إجماعاً، وإن كان حاضراً حنث استحساناً، وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول، وقال زفر « رح » لا يحنث . وبه قال الشافعي « رح » في قول بدون القبول . وفي قول لم يقبل ويقبض وعلى هذا الخلاف الاعارة والصدقة والاقرار والوصية، ذكره في جامع البكرى وفي الكفارة، وكذا للقرض وفي رواية عن أبي يوسف « رح » قبول المستقرض شرط، لأن القرض في حكم المعارضة (فانه) أي فان زفر « رح » (يعتبره) أي يعتبر عقد الهبة (بالبيع لأنه تمليك مثله) فلا يتم إلا بالقبول .

(ولنا أنه) أي أن الهبة باعتبار الوهب (عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب

ولم يقبل ، ولأن المقصود إظهار السماحة ، وذلك يتم به . وأما البيع فمعاوضة ، فاقتضى الفعل من الجانبين ، ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث ، لأنه إسم لما لا ساق له ولهما ساق .

ولم يقبل) ولا يقال باع ولم يقبل ، يعني لا يسمى تبعاً ما لم يوجد القبول (ولان المقصود) من الهبة (إظهار السماحة) أى الكرم (وذلك) أى إظهار السماحة (يتم به) أي بالحالف الواهب . (وأما البيع) جواب عن قول زفر ، يعني أن البيع فليس كذلك ، لأنه مبادلة المال بالمال ، وهو معنى قوله (فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين) أى من جانب البائع وجانب المشترى .

(ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث لأنه) أى لأن للريحان (اسم لما لا ساق له ولهما) أى وللورد وللياسمين (ساق) الريحان في اللغة كل ما طلب ريحه من النبات وهذا يتناول الورد والياسمين كما هو مذهب أحمد « رح » ، ولكن عند الفقهاء الريحان ما بساقه رائحة طيبة كالورقة كالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسن كالياسمين . كذا ذكره صاحب المغرب .

وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير ، روى هشام عن محمد « رح » أنه قال ، كل ما حضر فهو ريحان مثل الآس والشاهفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك ليس بريحان . وقال الأترازي « رح » وعلل فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير بقوله لأن الريحان إسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة ، وهو موضوع ذلك لغة ، وقلده الصدر الشهيد وصاحب الهداية ، ثم قال والياسمين والورد لهما ساق. ثم قال الأترازي « رح » ولنا فيه نظر ، لأنه لا يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً ، ولئن صح ما قالوا كان ينبغي أن لا يحنث بالأمر ، لأنه له ساق وليس من البقول أيضاً ، وقد نص الحاكم « رح » على أنه يحنث انتهى . قلت نظره وارد في هذا ، لأن في البلاد البصرية ينبت ريحان وله ساق قدر نصف ذراع ، وأيضاً الايمان بنيته على العرف لا على اللغة ينبغي أن يحنث إذا شم ورداً أو ياسميناً ، ونظرنا إلى اللغة لأن جماعة من أهل اللغة قالوا ، كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان ، فعلى هذا يطلق على الورد والياسمين والريحان .

ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له،فهو على دهنه اعتباراً للعرف، ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج، والشراء يبتني عليه، وقيل في عرفنا يقع على الورق وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة فيه، والعرف مقرر له، وفي البنفسج قاض عليه .

(ومن حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه اعتباراً للعرف) لأن الإيمان محمولة على معاني كلام الناس وفي عرفهم إذا ذكر بنفسج يراد به دهنه لا ورقه (ولهـذا) أي ولأجل اعتبار العرف (يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتني عليه ، وقيل في عرفنا يقع على الورق) وفيه نظر لا يخفى ويؤيده قوله ، وقيل في عرفنا يقع على الورق ، وقال الفقيه أبو الليث هذا عند أهل العراق ، فأما في بلادنا ، فلا يقع على الدهن إلا أن ينوي . وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » لا يحنث بشراء دهنه اعتباراً بحقيقـة اللفظ ، ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث ، خلافاً للشافعي « رح » وأحمد « رح » ، وذكر الكرخي « رح » أنه يحنث أيضاً .

(وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة فيه) أي لأن الورد حقيقـة في العرف (والعرف مقرر له) أي العرف أيضاً يقرر لوقوع الحقيقة ، أو لكون الحقيقـة مرادة له (وفي البنفسج قاض عنه) أي غالب عليه على وقوع الحقيقة ، فلا يقع على ورقه ، لأن مبني الايمان على العرف لا على الحقيقة ، وقال مشايخنا رحمهم الله ، والبنفسج والورد يقعان على الورق في عرفنا ، قاله الكاكي « رح » وهو الصواب والأوجه والله أعلم .

* * *

كتاب الحدود

قال الحد لغة هو المنع ، ومنه الحداد للبواب ، وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير ، والمقصد الاصلي من شرعه

(كتاب الحدود)

أي هذا الكتاب في بيان أحكام الحدود . وجه المناسبة بين البابين من حيث أن في الأيمان الكفارة التي هي دائرة بين العبادة والعقوبة ، والحدود من العقوبات المحضة والحدود جمع حد .

(قال) أي المصنف (الحد لغة) أي معنى الحد في اللغة (هو المنع) يقال حد عن كذا وكذا ، أي منع عنه وبه سمى السجان حداً ولمنعه المحبوسين عن الخروج (ومنه الحداد للبواب) أي ومن هذا المعنى ، قيل للبوب حداً ولمنعة الناس عن الدخول في الدار التي هو باب فيها وسمى المعرف للشيء حد ، لأنه يمنع الخارج عن الحدود عن الدخول .

(وفي الشريعة هو) أي الحد (العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى) ينوي بها حق الله تعالى (حتى لا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد) بدلالة جواز العفو والاعتياض (ولا التعزير حد) أي ولا يسمى التعزير حداً أيضاً (لعدم التقدير فيه) أي ليس يقدر هذا على ما عليه عامة أصحابنا « رح » . وقال صدر الإسلام البزدوي « رح » في مبسوطه ، والقصاص سمي حداً أيضاً ، وحدود الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده ، أعني عن القصد المنهي عنه (والمقصد الأصلي من شرعه) أي القصد الكلي من مشروعية الحد

الإنزجار عما يتضرر به العباد . والطهارة ليست أصلية فيه ، بدليل شرعيته في حق الكافر . قال الزنا يثبت بالبينة والإقرار ، والمراد ثبوته عند الإمام ، لان البينة دليل ظاهر ، وكذا الإقرار لان الصدق فيه مرجح ، لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة ،

(الانزجار عما يتضرر به العباد) في النفس والعرض والمال ، ففي حد الزنا صيانة النفس ، وفي حد القذف صيانة العرض ، وفي حد الربا صيانة المال .

(والطهارة ليست بأصلية فيه) أي في الحد (بدليل شرعيته) أي مشروعيته (في الكافر) وهذا يجب الحد على الذي زنا ، ويطهر عن الذنب بإجراء الحد عليه ، فعلم أن المقصود من الحد الإنزجار لا الطهر .

(قال) أي القدوري « رح » (الزنا يثبت بالبينة والإقرار)هذا لفظ القدوري«رح» في مختصره ، قال صاحب الهداية « رح » (والمراد ثبوته عند الإمام) أي الحاكم ، إنما قال ذلك لأن ثبوت الزنا في نفس الأمر لا يقف على وجود البينة أو الإقرار ، لأنه أمر حسي يوجد ، وإن لم يوجد أو قد يوجدان ولا يوجد الزنا لاحتمال الكذب فيهما ، فحصل الإنفكاك بين الزنا وبينهما وجوداً وعدماً . فالقاضي مأمور بالحكم يثبت عنده من الظاهر ، فلأجل هذا يشترط ثبوته عند الإمام بالبينه والإقرار (لأن البينة دليل ظاهر) لأن الله تعالى قال ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ١٥ النساء ، (وكذا الإقرار) دليل ظاهر (لأن الصدق فيه مرجح) على الكذب (لا سيما) أي خصوصاً (فيما يتعلق) أي في الشيء الذي يتعلق (بثبوته مضرة) أي ضرر ظاهر متصل ببدن المقر من أجره الحد عليه (ومعرة) أي عار تلحقه بانتسابه إلى الزنا والعار أشد من النار .

وفي ديوان الأدب المعرة المساءة والأذى مفعلة من العر وهو الجرب ، وفي الصحاح المعرة الاسم واعلم أن الزنا بمد وقصر ، فالقصر لأهل الحجاز ، والمد لأهل نجد . قال الفردوب وهو من يهجو بشعره أبا حاضر شعر :

من يزن يعرف زناه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكراً

والوصول إلى العلم القطعي متعذر ، فيكتفى بالظاهر . قال فالبينة أن يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ١٥ النساء ، وقال الله تعالى ﴿ ثم لم ياتوا بأربعة شهداء ﴾ ٤ النور ، وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ، ايت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ،

بفتح الكاف من التسكير ، وهو الخمور ، والخرطوم اسم من أسماء الخمر ، والنسبة إلى المقصور زنوى وإلى الممدود زناوى .

وربما يظهر أن معنى الزنا في اللغة البغي ، وفي الشرع الزنا قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين، وشبهتها وشبهة الإشتباه ، ويمكن المرأة عن ذلك، واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن بجرد الإيلاج زنا ولهذا يجب فيه الغسل هدياً للمكلف ليخرج الصبي والمجنون . والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين ، وشبهة النكاح وهي ما إذا وطيء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه ، أو شبهة ملك اليمين ما إذا وطيء جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون وشبهة الاشباه ، فإذا وطيء الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له .

(والوصول إلى العلم القطعي) بغير الوصول إلى ثبوته إلى العلم القطعي (متعذر) لأنه أمر مبناه على الاخفاء والستر(فيكتفي بالظاهر) البينة والاقرار . (قال) أي القدوري « رح » (فالبينه أن يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا . لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ١٥ النساء . وقال الله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ٤ النور ، وقال عليه السلام) أى قال النبي ﷺ (للذى قذف امرأته إيت بأربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب .

وبمعناه ما رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث ابن كثير عن الفضل بن مالك قال الأول لعان كان في الاسلام أن شريك بن غمامة قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعه إلى النبي ﷺ فقال له يا رسول الله ﷺ أربعة شهداء يشهدون وإلاقحد في ظهرك،قال يارسول

ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليـــه ، والإشاعة ضده

الله ﷺ إن الله تعالى يعلم إن شهدوا لصادق ولينزلن الله عليك ما يبرىء ظهري من الحد، فأنزل الله تعالى آية اللعان ولاعن النبي ﷺ ، وفرق بينهما ، وأخرجه البخاري في اللعان عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ، فقال النبي ﷺ البينة وإلا فحد في ظهرك .

(ولأن في اشتراط الأربعة) هذا احتراز عن قوله البعض ، فإنهم يقولون إنما اشترط الأربـع للزنا لا يتم إلا بآيتهن ، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشهـــادة شاهدين . قال المصنف ليس كذلك بل هي في اشتراط الأربـع (تحقيق [1] معنى الستر وهو) أي الستر (مندوب اليه) لما روى الترمذي « رح » من حديث أبي هرة « رض » قال : قال رسول الله ﷺ من ستر عليهما ستره الله في الدنيا والآخرة ، والشرط في الأربـع من الرجال أن يكونوا أحراراً، عدولاً ، بالغين ، فلا تقبل شهـادة الرجال مع النساء ، ولا يقبل فيـــه كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة (والاشاعة) أي إظهـــار الزنا (ضده) أي ضد الستر . فلما كان الستر مندوباً ، كانت الاشاعة مؤقتة وكيف فانه تعالى قال ﴿ إن الذين يحبون أن تشيـع الفاحشة في الذين آمنوا ﴾ ١٩ النور ، لا يذم المستعير ، ولهذا لو أخذ شيء من شرائط الشهادة بأن أشهد الأصيل من أربعة أو شهدوا بالزنا متفرقين في مجالس مختلفة واحداً بعد واحد ، فانهم يحدون حد القذف عندنا خلافاً للشافعي « رح » .

في المبسوط أشار عمر رضي الله عنه أن اشتراط الأربـع لأجل الستر حتى شهد أبو بكر رضي الله عنه وسئل ابن معير ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبة بالزنا ، فقال الزيادة وهو الرابـع ، ثم يتشهد قال رأيت أقداماً بادية ، وأنفاساً عاليـــة وأمراً منكراً . وفي رواية قال رأيتهما تحت لحاف واحد ، يخفضان ويرفعان ويضطربان اضطراب الخيزان ، وفي رواية رأيت رجلاً أفعى وامرأة صرعى ورجلين مخضونتين واسته تجيء وتـذهب ،

---

(١) يتحقق — هامش .

وإذا شهدوا يسألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى

ولم أر ما سوى ذلك . فقال عمر رضي الله عنه ، الله أكبر ، الحمد لله الذي لم يفضح واحداً من أصحاب رسول الله ﷺ .

(فاذا شهدوا) أي شهدوا بالزنا الشهود (يسألهم الامام عن الزنا ما هو) أي حقيقة الزنا وماهيته لأنه حابساً فكلمه ما إلا عن الماهية ، لأن من الناس من يعتقد كل وطء حرام أنه زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، والأمة المجوسية ، والأمة المشتركة ، والأمة التي هي أخته من الرضاع ، فان كل ذلك حرام وليس بزنا ، ولأن الشرع سمى فعل الحرام فيما دون الفرج زنا مجازاً ، بقوله العينان تزنيان وزناها النظر ، واليدان تزنيان وزناها البطش ، والرجلان تزنيان وزناها المشي ، والفرج يصدق ذلك أو يكذب .

والحد لا يجب إلا بالجماع في الفرج ، ألا ترى أنه عليه السلام استقر ماعزاً « رض » إلا أن ذكر الكاف والنون أراد به قوله فكن ، لأن ذلك صريح في الوطء ، والباقي كناية عنه ، وأيضاً يمكن أن يسمى الشهود مقدمات الزنا زناً ويجب الإحتراز عن مثل ذلك .

(وكيف هو) أي يسألهم أيضاً عن كيفية الزنا للاحتراز عن مثل ذلك عاس الفرجين من غير إيلاج . ألا ترى أنه عليه السلام استقر ماعزاً « رض » عن كيفية الزنا ، فقال كالميل في المكحلة ، والرشاد في البئر ، وقيل للاحتراز عن صورة الإكراه ، لأن وطء المكره لا يوجب الحد (وأين زنى) أي يسألهم عن المكان بقوله أين زنى فإنه احتراز عن الزنا في دار الحرب ، لأن المسلم إذا زنا في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لأنه لم يكن الإمام على بدنه عند وجوب الحد (ومتى زنى) أي يسألهم عن الزمان فقوله متى زنى كأنه احترز عن زناً متقادم والشهود إذا شهدوا بذلك لا يقبل ، واحترزا أيضاً عن وطء الصبي والمجنون لأن فعلها لا يوصي بالحرمة (وبمن زنى) أي يسألهم بمن زنى ، يعني المزنية من هي ، فإنه احتراز عن الوطء الواقع في محل يكون الوطيء فيه بشبهة لا يعرفها الواطيء ، ولا الشهود كجارية الإبن ، ويجوز أن تكون الموطوءة امرأة الواطيء ، أو جاريته ولا يعلمها المشهود .

لان النبي عليه السلام استفسر ماعزاً رض » عن الكيفية ، وعن المزنية ، ولان الإحتياط في ذلك واجب ، لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه ،أو زنى في دار الحرب ، أو في المتقادم من الزمان ،أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود ، كوطء جارية الإبن.فيستقضي في ذلك احتيالاً للدرء ، فاذا بينوا ذلك. وقالوا رأيناه وطئها في فرجها

(لأن النبي ﷺ استفسر ماعزاً « رض » عن الكيفية وعن المزنيــــة) هذا أخرجه أبو داود « رض » عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم « رض » بن هزال ، قال ، كان ماعز بن مالك « رض » يتيماً في حجر أبي ، فأصاب جارية من الحي فقال له إيت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت ، لعله يستغفر لك ، قال فأتاه فقـــال يا رسول الله ﷺ ، إني زنيت ، فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه ، فعاد حتى قالها أربع مرات ، فقال عليه السلام ، إنك قد قلتها أربع مرات فيمن قال بفلانة ، قال هل ضاجعتها قال نعم ، قال هل باشرتهـــا قال نعم ، قال هل جامعتها قال نعم ، فأمر به أن يرجم الحديث .

(ولأن الإحتياط في ذلك واجب) أي في الاستفسار (لأنــه) أي لأن المشهود عليه بالزنا (عساه غير الفعل في الفرج عناه) أي قصده ، ولا يكون ماهية الزنا ، ولا كيفية موجودة في دار الحرب .

(أو زنى في دار الحرب) أي أو يكون المشهود عليــه زنى في دار الحرب (أو في المتقادم من الزمان) أي أو يكون زنى في الزمن المتقادم (أو كانت له شبهة لايعرفهاهو) أي المشهود عليه (ولا الشهود) أي ولا يعرفها الشهود (كوطء جارية الابن فيستقضى) أي الإمام وضبطه الـحاكي « رح » ، على صيغة المجهول (في ذلك) أي فيما ذكر من الأشياء وقد ذكرناها جميعاً .

(احتيالاً للدرء) أي لأجل الحيلة لدرء الحد ، لمـا روى الترمذي « رح » من حديث عائشة رضي الله عنها ، قالت قال رسول الله ﷺ ، ادرؤوا الحـدود ما استطعتم (فإذا بينوا ذلك) أي فإذا بين الشهود الزنا ، بما ذكر من الأمور (وقالوا رأيناه وطئها في فرجها

كالميل في المكحلة . وسأل القاضي عنهم . فعدلوا في السر والعلانية . حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود . احتيـــالاً للدرء قال عليه السلام ادرؤوا الحدود ما استطعتم . بخـلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة « رح » وتعديـــل السر والعلانية نبينه في الشهـادات إن شاء الله تعـالى ، قال في الأصل يحبسه

كالميل في المكحلة) بضمتين وما الكحل (وسأل القاضي عنهم) أي عن الشهود (فعدلوا) عن صيغـــة المجهول (في السر والعلانيـــة) صورة التعديل في السران ، يبعث القاضي بأسماء أول الشهود إلى العـــدل ، بكتاب فيه أسماؤهم وأنسابهم وحلامهم ومحـالهم وسوقهم ، حتى يعرف العدل ذلك ، فيكتب تحت إسم من كان عدلاً ، عدلى جائز الشهادة ، ومن لم يكن عدلاً فلا يكتب تحت اسمه شيئاً ، أو يكتب الله أعلم ، وصورة التعديل في العلانية ، أن يجمع بين العدل والشاهد ، فيقول العدل هذا هو الذي عدلته ، وسيجيء في كتاب الشهادات بعض منه إن شاء الله تعالى .

(حكم بشهـادتهم) جواب قوله فإذا بينوا بالرجم إن كان الرجم موجب الزنا وبالجلد إن كان موجبه الجلد هنا ، أولم يعرف القاضي عدالة الشهود ، أما إذا عرفها فحكم بـــلا تعديل (ولم يكتف) على صيغة المعلوم أي لم يكتف القـــاضي ، وقال الكاكي « رح » أبو حنيفة لم يكتف بسوق الكلام اليه (بظاهر العدالة في الحدود احتيـالاً بالدرء) أي الدفع (قال عليه السلام ادرؤوا الحدود ما استطعتم) وقد ذكرنا الحديث عن قريب (بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة) حيث يكتفي فيها بظاهر العدالة ، لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا إذا طعن الخصم فحينئـــذ يسأل القـــاضي عن الشهود عنـــده أيضـاً .

(وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى) أي بيـــان صورتها بذكره في باب الشهادات وقد ذكرناه آنفاً .

(قال في الأصل) أي قال محمد في المبسوط (يحبسه) أي يحبس القاضي الشهود عليه

حتى يسأل عن الشهود ، للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا ، بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق إن شاء الله

بالزنا ، بعد وصف الشهود الأشياء المذكورة (حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية) أي لأجل كون الشهود عليه متهماً بالجناية فلذلك يحبسه خوفاً من خروج ، فلا يظهر بعد ذلك ، ولا يأخذ الكفيل منه ، لأن في أخذه نوع احتياط ، فلا يكون مشروعاً ، بما يدرأ بالشبهات ، فإن قيل الإحتياط في المجلس أظهر . قلنا حبسه للتعزير لأنه صار متهماً بارتكاب الفاحشة وأشار اليه المصنف « رض » بقوله للاتهام .

(وقد حبس رسول الله ﷺ رجلا بالتهمة) هذا روي عن جماعة من الصحابة «رض» عن معاوية بن جندب « رض » أخرج حديثه أبو داود « رح » والترمذي « رح » والنسائي « رح » أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة ، وزاد الترمذي والنسائي ، ثم خلى سبيله ، وقال الترمذي « رح » حديث حسن ، ورواه الحاكم « رح » في المستدرك ، وصححه ، وعن أبي هريرة « رض » أخرج حديثه الحاكم في المستدرك والبزار وأبو نعيم « رح » في مسنديها ، أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة أياماً وليلة استظهاراً أو احتياطاً ، وفي مسنده ابراهيم بن خيثم ، فقال الربيعي متروك .

وعن أنس « رض » أخرج حديثه ابن عدي والعقيلي « رح » في كتابيهما أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ذكر في مسند ابراهيم بن زكريا الواسطي « رح » ، قال العقيلي «رح» مجهول وحديثه خطأ . وقال ابن عدي « رح » وهو باطل ، وعن أنس « رض » أخرج حديثه الطبراني « رح » في الأوسط أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة .

(بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة) لأن أخذ الكفيل فيها مشروع ، فلا يتلف الحق فلا حاجة إلى الحبس قبل عدالة الشهود (وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى) أي الفرق بينه وبين المديون ، وقال الأترازي « رح » هذه حوالة غير رائجة ونحن بيناه ، قلت أراد به ما ذكره الآن لأن أخذ الكفيل فيها مشروع إلى آخره .

قال والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربع مجالس من مجالس المقر، كلما أقر رده القاضي. فاشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو هو غير موجب للحد، واشتراط الأربع مذهبنا، وعند الشافعي «رح» يكتفي بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق وهذا لأنه مظهر وتكرار الإقرار، لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة، ولنا حديث ماعز «رض»

(قال) أي القدوري « رح » (والاقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات في أربع مجالس مختلفة من مجالس المقر، كلما أقر رده القاضي) هذا كله كلام القدوري « رح » نقله المصنف «رح » ثم شرحه (واشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو هو غير موجب للحد واشتراط الأربع) يعني في الاقرار (مذهبنا) وبه قال أبو حنيفة « رح » وأحمد « رح » (وعند الشافعي « رح » يكتفي بالاقرار مرة واحدة) وبه قال الامام مالك « رح » (اعتباراً بسائر الحقوق) يعني في سائر الحقوق القرب يعتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك هنا (وهذا) أي الاعتبار بسائر الحقوق (لأنه) أي لأن الاقرار (يظهر) حقيقة الأمر حجة بنفسه، فلا يشترط التكرار، كما في سائر الحقوق.

(وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة) لأن الشاهد الثاني، يفيد طمأنينة القلب زيادة على ما أفاده الأول.

(ولنا حديث ماعز « رض ») حديث ماعز بن مالك مشهور رواه البخاري ومسلم « رح » عن أبي هريرة « رض » قال أن رجلاً من المسلمين جاء رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فقال يا رسول الله ﷺ إني زنيت فأعرض عنه حتى نفى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع مرات، دعاه رسول الله ﷺ فقال إنك مجنون، قال لا، قال

فإنه عليه السلام أخر الاقامة إلى أن تم الاقرار منـــه أربع مرات في أربع مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب .

فهل حصنت ، قال نعم ، فقال رسول الله ﷺ اذهبوا به فارجموه ، فرجمنـاه بالمصلى فلما اذلقة الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمنـاه وروى حديث ماعز « رض » أيضاً مسلم عن جابر بن عروة ورواه أيضاً عن ابن عباس « رض » وعن يزيد « رض » أيضاً في الكل الاقرار بأربع مرات .

(فإن النبي ﷺ أخر الإقامة) أي إقامة الحد (إلى أن تم الإقرار منه) أي من ماعز « رض» (أربع مرات في أربع مجالس فلو ظهر دونها) أي فلو ظهر إقراره موجباً للحد دون الأربع ، أي أربع مرات (لما أخرها) أي لما أخر إقامة الحد (لثبوت الوجوب) حاصل المعنى لو كان الإقرار مرة واحدة كأن لم يؤخر ، لأن إقامة الحد عنـــد الصورة واجبة ، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ ، فإن قال قائل إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة ، فقد اعترف بالوطء لا يوجب الحد ، يوجب المهر وإذا وجب المهر ،لايجب الحد مما بعد ، لأن المهر والحد لا يجتمعان في وطيء واحد .

أجيب بأن الإقرار أربع مرات ، ولما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق بوجوب المهر بالإقرار مرة واحدة فقد اعترف بوطيء لا يوجب ، وإنما الحكم موقوف بأن تمت الحجة ، وجب الحد وإن لم يتم ، وجب المهر . فإن قيل إنما أعرض النبي ﷺ لأنـــه اشتهر أي في عقله ، فقد جاء أشعث أغبر مغير اللون ، إلا أنه لما أمر على إقرار دوام على نهج العقـــل أقبله ، بعد ذلـــك ، ثم لزوال الشبهـــة بالسؤال ، فقال إنـــك مجنون ، أما تغير الحال بدليل التوبة والخوف من الله عز وجل ، لا دليـــل الجنون ، وإنما قال رسول الله ﷺ إنـــك مجنون ، تلقيناً لما يدرأ بالحد ، كما يقال ، لعلك وطئتهـــا لترجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه ، وكما قال للسارق أسرقت ، ما أخاله سرق ، ولأن الشهـادة فيـــه دليل معقول ، فظن جواب عن اعتبـــار الشافعي « رح » بسائر الحقوق وتقريره :

ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد . فكذا الاقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر ، ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا . ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي . فالاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لايراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي

(لأن الشهادة فيه) أي في الزنا (اختصت بزيادة العدد) لأجل التغليظ ولم يختص سائر الحقوق بذلك (فكذا الإقرار) اشترط أربع مرات ، لأن إحدى الحجتين لما اختصت بزيادة ليست في سائر الحقوق ، فكذلك في الحجة الأخرى (إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر) أي لأجل تعظيم أمر الزنا وتحقيق معنى الستر ، لأن الستر مندوب منه كما ذكرنا (ولا بد من اختلاف المجالس) أي في الإقرار خلافاً لأحمد وابن أبي ليلى رحمهما الله (لما روينا) أشار إلى قوله لأنه عليه السلام ، أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربع مجالس (ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات) كما في المسجد (فعند ذلك) أي عند اتحاد المجلس (يتحقق شبهة الإتحاد في الإقرار) ألا ترى إلى ماقال في حديث ماعز رضي الله عنه ، من إقراره خمس مرات فكان منها مرتباً في جهة واحدة. فلم يعتبر ذلك ، ولم يذهب اليه أحد من المجتهدين « رح » (والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه) أي مجلس المقر في وجوب الحد (دون مجلس القاضي) وفي بعض النسخ فيصير اتحاد مجلسه أي يعتبر اتحادالمجلس المقر في عدم وجوب الحد ، لا مجلس القاضي (والاختلاف) أي اختلاف مجلس بأن يرده القاضي في كل مرة بأن يقول إنك مجنون ولعلك قبلتها أو لمستها فقال بعضهم ، يعتبر اختلاف مجلس القاضي ، والصحيح الأول، كذا في شرح الطحاوي ، وفي المصنف « رح » الاختلاف بقوله :

(بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي

حنيفة رحمه الله لأنه عليه السلام طرد ماعزا « رض » في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينــة . قال ، فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ، ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فاذا بين ذلك لزمــه الحد ، لتمام الحجــة ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بينــاه في الشهادة . ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة ، لأن تقادم العهد ، يمنع الشهادة دون الاقرار ، وقيــل لو سأله جاز

حنيفة رحمه الله ، لأن النبي ﷺ طرد ماعزاً في كل مرة حتى توارى) أي استتر (بحيطان المدينة) هذا الحديث ، بهذا اللفظ غريب ومعناه ، ما رواه ابن حبان في صحيحــه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء ماعز بن مالك رضي الله عنه إلى النبي ﷺ فقال ، ألا تعذرني فقال له تلك ، ما يدريك من الزنا ، فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثانيــة فقال مثل ذلك فأمر به فطرد ثم أتاه الثالثة فقال له ذلك ، فأمر بــه فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال له مثل ذلك أدخلت وأخرجت قال نعم فأمر به أن يرجم .. الحديث .

(قال) أي القدوري في مختصره (فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فإذا بين ذلك لزمه الحد) هذا كله لفظ القدوري وقال المصنف عقيبه (لتمام الحجة) أي لتمام الدليل الموجب لاقامة الحد (ومعنى السؤال عن هذه الأشياء) أى عن ماعز الزنا وكيفيته ومكانه عن المزنية (بيناه في الشهـادة) على الزنا ، وهو تحقيق ما يوجب بها الحد (ولم يذكر السؤال) أي القدوري (فيه) أي في الاقرار (عن الزمان) أي عن سؤال الزمان (وذكره) أى والحال أنه ذكره ، أى ذكر السؤال عن الزمـــان . (في الشهادة) على الزنا بأن يقول متى زنيت (لأن تقادم العهــد) أى الزمان (تمنع قبول الشهادة) لتهمة لحقه ، والمرء لا يتهم على نفسه ، فيقـبل إقراره وإن تقادم العهد ، وهو معنى قوله (دون الاقرار وقيل لو سأله جاز) أى لو سأله الزمان جاز ، قالوا في الفتاوى ويجوز أن يسأل الزمان في الاقرار أيضاً .

لجواز أنه زنى في صباه ، فان رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه ، قبل رجوعه وخلى سبيله ، وقال الشافعي « رح » وهو قول ابن أبي ليلى . يقيم عليه الحد . لأنه وجب الحد باقراره . فلا يبطل برجوعه وإنكاره . كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف .

(لجواز أنه زنى في صباه) أى في حالة الصغر (فإن رجع المقر) أى المقر بالزنا إذا رجع (عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله ، وقال الشافعي « رح » وهو قول ابن أبي ليلى يقيم الحد عليه) يعني لا يقبل رجوعه بعد الاقرار ، ويلزمه الحد . واسم ابن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى « رح » قاضي الكوفة ، واسم أبي ليلى « رح » يسار خلاف اليمين وقال الكاكي « رح » كذا وقع في نسخ أصحابنا « رض » يعني ذكر خلاف الشافعي « رح » هنا ، ولكن خرج في كتب أصحاب الشافعي « رح » أنه لو أقر على نفسه بالزنا ، ثم رجع ، يسقط عنه الحد ، وكذا لو رجع بعدما أقيم الحد ، يترك الباقي ، قبل قولنا .

وعن أحمد « رح » مثل قولنا ، وعن الامام مالك في قول الرجوع روايتان ، وقال الكاكي أيضاً ، ثم اختلاف المجلس في الشهادة يمنع قبول الشهادة في الزنا وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي والحسن بن صالح ، إذا شهدوا بالزنا متفرقين يحدون حد القذف قال الشافعي « رح » وعثمان « رض » الذين لا يحدون حد القذف ، إذا كان الزنا واحد ، فلا يشترط اتحاد المجلس ، وحد اتحاده ، ما دام الحاكم جالساً لأن النص شرط الأربع مطلقاً ، فلا يفيد باتحاد المجلس كسائر الشهادات ولنا قول عمر « رض » لو جاؤوا مثل ربيعة ومضر كل فرادى لجلدتهم ، ولو كان الزوج أحدهم يقبل عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » هو يقول فيه تهمة ونحن نقول أنه يعتبر بزنا امرأته فكان أبعد عن التهمة كشهادة الوالد على الولد .

(لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره ، كما إذا وجب) أى الحد (بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف) أى صار حكم هذا كحكم من يرجع في القصاص

ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار . وليس أحد يكذبه فيه ، فيتحقق الشبهة في الاقرار . بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص . وحد القذف لوجود من يكذبه . و لا كذلك ما هو خالص حق الشرع . ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له : لعلك لمست أو قبلت لقوله عليه السلام لماعز « رض » لعلك لمستها أو قبلتها

عن حد القذف إذا ثبت أن الاقرار حيث لا تقبل الرجوع (ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه) أى في الرجوع (فيتحقق الشبهة في الاقرار) فتعارض الرجوع مع الاقرار يسقط الحد ، لأن الحدود تندرىء بالشبهات .

(بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه) هو الخصم (ولا كذلك ماهو خالص حق الشرع) فإن أحد أي كذبه فصح الرجوع فيه ، لكن إذا اغتر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه ، في حق القطع ، ولا يصح في حق المال ، كذا في شرح الطحاوى.

(ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست أو قبلت لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ (لماعز « رض » لعلك قبلتها أو لمستها) هذا كلام القدورى في مختصره يروي هذا الحديث بهذا اللفظ الحاكم في المستدرك عن حفص بن عمر العدني ، حدثنا الحاكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن ماعز رضي الله عنه أتى إلى رجل من المسلمين فقال إني أصبت فاحشة فما تأمرني فقال له اذهب إلى رسول الله ﷺ ليستغفر لك ، فأتى النبي ﷺ فأخبره ، فقال له لعلك قبلتها ، قال لا ، قال لعلك لمستها ، قال لا ، قال ففعلت بها كذا أو لم يكن ، قال نعم ، قال اذهبوا به فارجموه ، وسكت الحاكم عنه .

وتعقبه الذهبي « رح » في مختصره ، فقال وحفص بن عمر العدني ضعفوه ، والحديث عند البخارى بلفظ لعلك قبلت أو لمست أو نظرت ، قال لا ، قال أفنكتها ، قال نعم ، فعند ذلك أمر برجمه ، وعند أحمد « رح » في مسنده لعلك قبلت أو لمست أو نظرت .

وقال في الأصل وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة ، وهذا قريب من الأول في المعنى .

فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وجب الحد وكان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت ،

(وقال في الأصل) أى في المبسوط (وينبغي أن يقول له الامام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة) قال في المبسوط يرد الامام المعترف بالزنافي المرة الأولى والثانية والثالثة ، فإن عاد الرابعة فأقر عنده لما سأله عن الزنا ماهو وكيف هو ، فإذا صنعته وأثبته قال له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة (وهذا) أى المذكور في الأصل (قريب من الأول في المعنى) أى قريب بما قاله القدورى « رح » ، لأن في كل منهما تلقين الرجوع للمقر ، حتى لو قال المقر نعم سقط الحد .

(فصل في كيفية الحد وإقامته)

أي هذا فصل في بيان كيفية الحد . والكيفية ما يقال به للشيء كيف هذا ، وكيف كلمة موضوعة للسؤال عن الحال . قوله وإقامته ، أي وفي بيان كيفية إقامة الحد ، وذكر هذا الفصل بعد وجوب الحد ، لما إذا إقامته وكيفية مرتبته على نفس الحد في الوجود .

(وإذا وجب الحد وكان الزاني) أي والحال أنه قد كان الزاني (محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت) أي الإمام أو القاضي والمحصن من أحصن الرجل فهو محصن بفتح الصاد ، وهذا أحد ما جاء على أفعل ، فهو مفعل ، وامرأة محصنة أي متزوجة ، وليس في كلامهم أفعل ، فهو مفعل إلا ثلاثة أحرف ، أحدها هذا ، ويقال أسهب من لذع الحية ، أي ذهب عقله وهو سهب . قال المراجم فمات عطشان وعاش سهباً ، ويقال القح الرجل فهو يلقح إذا وقف حاله .

لأنه عليه السلام رجم ماعزاً وقد أحصن . وقال في الحديث المعروف وزناً بعد إحصـان ، وعلى هذا إجماع الصحابة « رض » .

(لأنه ﷺ) أي لأن النبي ﷺ (رجم ماعزاً رضي الله عنه وقـد أحصن)على صيغة المجهول ، أي والحال أنه كان محصناً وقد مضى الحديث من رواية البخـاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال له أحصنت قال نعم ، فقـال ﷺ اذهبوا به فارجموه .

(قال وفي الحديث المعروف وزناً بعد إحصان) هذا مروي من حديث عثمان «رض» وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن أسعد بن سهل عن أبي أمامة الأنصاري عن عثمان رضي الله عنه أنه أشرف عليهم يوم الدار ، فقال أنشدكم الله ، أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث زنا بعد إحصان ، وارتداد بعد إسلام ، وقتـل نفس بغير حق ، قالوا اللهم نعم ، قال فعلام فقتـلوا في الحـديث وقال الترمذي حديث حسن ، وروي من حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه أبو داود في سننه عنها قالت قال رسول الله ﷺ لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث ، رجل زنى بعـد إحصان فإنه يرجم ، ورجل خرج محاربـاً لله ولرسوله فإنه يقتـل أو يصلب أو ينفى من الأرض ، ورجل قتل نفساً فإنه يقتل بها (وعلى هذا إجماع الصحابة) أي على وجوب رجم المحصن إجماع الصحابـة رضي الله تعالى عنهم أجمعين .

وروى الترمذي باسناده عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال رجم رسول الله ﷺ ، ورجم أبو بكر ، ورجمت ، ولولا أن أزيد في كتاب الله لكتبته في المصحف ، فاني خشيت أن يجيء أقوام فلا يجدونـه في كتاب الله ، فيكفرون فيه . وحديث عمر رضي الله عنه مذكور في الموطأ أيضاً . قلت قـد كان رجم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بحضرة الصحابة ، ولم ينكرها أحد فحل محل الإجماع . وفي شرح الأقطع ولا خلاف في ذلك بين الأمة ، إلا ما روي عن الخوارج أن الحد كـله الجلد ، ولا رجم ، وإنما قالوا ذلك لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد ، وقولهم لا يلتفت اليه ، لأنه خرق الاجماع ، والأحاديث فيه كادت أن تكون متواترة .

قال ويخرجه إلى أرض فضاء ويبتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس، كذا روي عن علي «رض» ولأن الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء، وقال الشافعي «رح» لا يشترط بدايته اعتباراً بالجلد، قلنا كل واحد لا يحسن الجلد، فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف.

(قال) أي القدوري (ويخرجه إلى أرض فضاء، ويبتدىء الشهود برجمه، ثم الإمام، ثم الناس، كذا روي عن علي رضي الله عنه) قوله كذا روي عن علي في المصنف روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الله بن ادريس عن زيد عن عبد الله بن أبي ليلى أن علياً رضي الله عنه كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم رجم الناس وإذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس.

(ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء) أي يجترىء على اداء الشهادة كاذباً (ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء له) أي فكان في ابتداء الشهود بالرجم حيلة لدفع الحد، لأنا أمرنا به.

(وقال الشافعي لا يشترط بدايته) أي بداية الشاهد، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف رحمهم الله، في رواية (اعتباراً بالجلد) حيث لا يشترط فيه بدايتهم، وقالت الشافعية «رح» ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم بالرمي، وكذا لو ثبت الزنا باقرار، لا يشترط حضور الإمام ولا نائبه عندهم، ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم بالرمي، وكذا لو ثبت الزنا بالإقرار لا يشترط حضور الإمام.

(قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق) أي في الجلد (ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف) لأن فيه مستحق للنقل بخلاف الجلد لأنه للتأديب والزجر.

قال فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لأنـــه دلالة الرجوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا ، في ظاهر الرواية . لفوات الشرط ،

(قال) القدوري«رح»(فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحدلأنه) أي لأن امتناعهم عن الإبتداء (دلالة الرجوع) وكذا إذا امتنع بعضهم (وكذلك) أى سقـــط الرجم (إذا ماتوا) أى الشهود (أو غابوا) لأن الشرط بدا لهم وقد تقدم ذلك بالموت والغيبة ، وكذا زعموا أو خرسوا أو جبنوا أو فسقوا أو ارتدوا وقذفوا فحدوا سواء اعترض ذلك قبل للقضاء ، أو بعد للقضاء ، قبل الامضاء ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحـــدود ، فاذا لم يحصل الإمضاء فكأنه لم يحصل القضاء وقيل بقوله (في ظاهر الروايـــة لفوات الشرط) احترازاً عما روي عن أبي يوسف « رح » في شرح الطحاوي أنه قال لا يبطـــل الرجم بموت الشهود ، ولا يفقهم هذا ، إذا كان الشهود عليه محصنـــاً . أما إذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ، ويبطل فيما سواها ، وكذلك ما سوى الحدودمن حقوق الناس .

وفي الذخيرة ، ولو كان الشهود أو بعضهم مقطوع اليـــدين ، أو مرضى لا يستطيعون الرمي ، وحضروا رمي القاضي ، ولو قطعت بعد الشهادة ، امتنعت الإقامة ، ولو غاب واحد منهم ، أو يرجع حتى يحضر كلهم .

وفي المبسوط إذا امتنع الشهود ، سقط الرجم . ولكن لا يقام الحد على الشهود، لأنهم ثابتون على الشهادة ، لأن الإنسان يمتنع عن القتل بحق ويستحب للإمام أن يأمر طائفة ، أي جماعة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحد ، وقد اختلف في عدد الطائفـــة عن ابن عباس « رض » وبه قال أحمد « رح » وقال عطـــاء وإسحاق رحمهم الله اثنتان ، وقال الزهرى « رح » ثلاثة ، وقال الحسن البصرى « رح » عشرة،وقال مالك والشافعي رحمهما الله أربعة ، وفي الإيضاح لا بأس لكل من رمى أن يعيد قتـــله ، لأنه المقصود من الرجم ، إلا إذا كان الرجم محرم من المرجوم فانه لا يستحب أن يتعمد قتله . وقد روى عن حنظلة ابن عامر « رض » أنه استأذن رسول الله ﷺ في قتل أبيه وكان كافراً فمنعه من ذلك ، وقال رعه يكفيك عراؤه .

وإن كان مقراً ابتدأ الإمام ثم الناس، كـذا روى عن علي «رض» ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم.

(وإن كان) أي وإن كان الزاني المحصن (مقراً) بالزنا (ابتدأ الامام ثم الناس كذا روى علي « رض ») وقد ذكرناه عن قريب (ورمى النبي ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا) وهذا رواه أبو داود « رح » في سننه، من حديث أبي بكرة عن أبيه أن النبي ﷺ رمى امرأة يحفر لها أي إلى البعدة . قال أبوداود«رح» حديث عن عبد الرحمن بن عبد الوارث حدثنا زكريا بن مسلم أبو عمران بأسانيد نحوه . وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة، قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفيت أخرها، وصلى عليها انتهى .

وهذه المرأة هي العامرية . وقال المبرد ينسبه إلى بني عامر قبيلة من العرب في كتب المصاب العرب عابد بطن من خذاعية . وقال المبرد في الكامل بنو عايد بن نضير بن الأزد ابن الغوث في هذه القبيل يقول القائل الأهل أبهاها علي نائماً مما فصحب قومها غايد فحشيم بابن فارس واحد [1] .

(ويغسل) أي المرجوم (ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، حدثنا أبو معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة مرثد بن أبي بريدة عن أبيه قال لما رجم ماعزاً قالوا يا رسول الله ﷺ ما نصنع به، قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه . وروى اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم على أهل الحجاز لوسقهم وقد رأيتهم ينغمسون في أنهار الجنة . وعن مالك لا يصلى على المرجوم . كذا ذكره، ولكن ذكر في الجواهر من كتب المالكية غسل وصلي عليه .

---

(١) هكذا سياق الكلام بالأصل، بهذا اللفظ، اهـ مصححه.

ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً ، وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت ،وإن لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة ، لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ٢النور إلا أنه انتسخ في حق المحصن، فبقي في حق غيره معمولاً به

(ولأنه) أى ولأن المرجوم (قتل بحق ، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً)فانه يغسل ويصلى عليه (وصلى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رجمت) وقد روى الجماعة إلا البخارى عن ابن حصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا ، فقالت يا نبي الله أصبت حداً فأقمه علي ... الحديث،وفيه،ثم أمر بها فرجمت ثم صلي عليها ... الحديث ، وصح في السنن أيضاً أن النبي ﷺ صلى على الغامدية ودفنت ، وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ، وصاحب المكس هو العشار منها ، والمكس ما يأخذه .

(وإن لم يكن) أى وإن لم يكن الزاني المقر (محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة ، لقوله عز وجل ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾) قوله الزانية مبتدأ ، والزاني عطف عليه ، والخبر محذوف تقديره فيما فرض عليكم الزانية والزاني ، أى حكمها ، وهو الجلد ، ويجوز أن يكون الخبر قوله فاجلدوا ، وهو مذهب المبرد ، والأول مذهب الخليل وسيبويه . ودخول الباء في الخبر لتضمن المبتدأ معنى الشرط ،لأن الألف واللام فيه بمعنى الذى ، أى التي زنت والذى زنى فاجلدوهما ، كقولك من زنى فاجلدوا ، كذا قرره الأترازى وفيه تأمل .

(إلا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولاً به) في حق المحصن بآية أخرى غيره ، بيانه أن قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٢ النور ، والآية عامة في المحصن وغيره ، إلا أنه انتسخ في حق آية أخرى ، فنسخت تلاوتها وبقي حكمها ، والآية الأخرى هو قوله — الشيخ والشيخة فارجموهما البتة نكالاً من الله ، والله عزيز

يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً لأن علياً « رض » لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته، والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لا قضاء الأول الهلاك وخلو الثاني عن المقصود، وهو الانزجار،

حكيم - رواها عمر رضي الله عنه في خطبته بحضرة الصحابة « رض » من غير نكير، وقال إن مما يتلي في كتاب الله الشيخ والشيخة إذا زنيا رجموهما البتة نكالاً من الله، والله عزيز حكيم، ولا يتمه في روايته إلا أن الله تعالى صرفها من قلوب العباد لحكمة لم يكتبها عمر في المصحف، وقال لو كان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها.

(يأمر الإمام بضربه) أي بضرب الزاني غير المحصن (بسوط لا ثمرة له) ثمرة السوط عقد أطرافه، ذكره في الصحاح. وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه، لأنه إذا كان ذلك يصير الضربة ضربتين، وهذا أصح، لما روي أن علياً رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين، والأول هو المشهود (ضرباً متوسطاً) أي بين القوي والضعيف، والآن يفسره المصنف، لما روي (لأن علياً « رض » لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته) هذا غريب وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة العدوي، قال سمعت أنس بن مالك « رض » يقول كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرته، ثم يدق بين حجرين، حتى يلين ثم يضرب به. قلنا لأنس في زمان من كان، قال في زمان عمر بن الخطاب « رض » وروى عبد الرزاق في مسنده حدثنا معمر عن يحيى بن أبي كثير أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال يا رسول الله ﷺ، اني أصبت حداً فأقمه، فدعى رسول الله ﷺ بسوط، فأتى بسوط شديد، له ثمرة فقال سوط دون هذا، قال بسوط بكفو لين، فقال سوط فرق هذا، فأتى بسوط بين سوطين فقال هذا، فأمره فجلده.

(والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم) والمبرح غير بكسر الراء من برح في هذا الأمر غلط علي، واشتد ومن برحا الحمى، وغيرها شدة الأذى، والمؤلم بكسر اللام أي الموجع من الإيلام (لا قضاء الأول الهلاك) أي المبرح (وخلو الثاني) وهو المؤلم (عن المقصود وهو الإنزجار)

ويُنزع عنه ثيابه معناه ، دون الازار لأن علياً « رض » كان يأمر بالتجريد في الحدود ، ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم اليه ، وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب ، وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ، ويفرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في عضو واحد ، قد يفضي إلى التلف ،

وفي فتاوى الولوالجي إذا كان رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الجلد فخيف عليه الهلاك إذا ضرب ، يجلد جلداً خفيفاً مقدار ما يتحمله .

(وينزع عنه ثيابه) هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف (معناه دون الازار) يعني معنى كلام القدوري ينزع ثياب الزاني غير المحصن دون الازار (لأن علياً « رض » كان يأمر بالتجريد في الحدود) وهذا غريب وقد روي عنه خلاف رواية عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا الثورى عن جابر عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن علي رضي الله عنه أنه أتى برجل في حد وعليه فضربه كساء قسطلاني قاعداً .

(ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم اليه) أي إلى المضروب وبخلافه روي عن ابن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا أبو حنيفة عن مطوق الشعبي ، قال سألت المغيرة بن شعبة « رض » عن الحدود ، أينزع عنه ثيابه ، قال لا إلا أن يكون فرداً أو محقراً ، قال أخبرنا عن جبير عن الضحاك بن مزاحم عن ابن مسعود قال لا يحل في هذه الأمة التجريد ولا بد ولغل .

(وهذا الحد) أي حد الزنا (مبناه على الشدة في الضرب) احترز به عن حد القذف ، فإن القاذف يضرب وعليه ثيابه ولكن ينزع عنه الفرو ، والحشو ، وبه قال مالك « رح » وقال الشافعي وأحمد « رح » لا ينزع بل يترك عليه قميص أو قميصان (وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه) يعني يحترز منه ولا ينزع (ويفرق الضرب على أعضائه) أعضاء المحدود على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين .

(لأن الجمع) أي جمع الضرب (في عضو واحد قد يفضي إلى التلف) وذلك غير

والحـــــد زجر لا متلف ، قال إلا رأسه ووجهه وفرجه ؛ لقوله عليه السلام للذي أمره يضرب الحد ، اتق الوجه والمذاكير .

مستحق عليه (والحد زاجر لا متلف) يعني الحد شرع للزجر لا للاتـلاف (قال) أي القدوري (إلا رأسه ووجهه وفرجه) هذا استثنى من قوله ويعرف الضرب على أعضائه ، وقال الحاكم الشهيد في الكافي ويعطي كل عضو حظه من الضرب ، ما خلا الوجه والرأس والفرج . وفي قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمهم الله ، يضرب الرأس أيضاً ، وكان قوله والأقوال مثل قول أبي حنيفة « رح » في شرح الطحاوي وروي عن أبي يوسف أنه قال يضرب على الرأس ضربة واحدة .

وعند الشافعي « رح » يضرب كله على الظهر ، وكـذا ذكر عن الشافعي « رح » في الكافي ، والمنظومة ، وهذا خلاف ما ذكر في كتبه المشهورة ، ولهذا قال في شرح المجمع بترك ذكر الخلاف ، وعن مالك يخص الضرب على الظهر وما يليه ، وروى ابن سماعة عن محمد «رح» أنه يضرب في الظهر التعزير ، وفي الحـدود يضرب الأعضاء ، وقال الحسن بن صالح يضرب في التعزير أيضاً الأعضاء كلها إلا الوجه والمذاكير .

ولا خلاف في اتقاء الوجه والفرج (لقوله ﷺ للذي أمره يضرب الحد ، اتق الوجه والمذاكير) هـــذا الحديث غريب مرفوعاً ، وروى موقوفـــاً عن علي « ر ض » رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا حفص بن عمر عن ابن أبي ليلى « رح » عن عدي بن ثابت عن المهاجر بن عميرة عن علي « رض » أنه يسكر ان اوفى حد فقـــال اضرب ، واعط كل عضو حده ، واتق الوجه والمذاكير ، ورواه عبـد الرزاق أيضاً في مصنفـه ، والمذاكير جمع الذكر ، على خلاف القياس ، كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين المذكور الذي هو الفحل ، وبين الذاكر الذي هو العضو .

والنهي عن ضرب الوجه في الصحيحين عن أبي هريرة « رض » قال قال رسول الله ﷺ إذا ضرب أحـدكم فليتق الوجه وأخرج مسلم عن جابر « رض » قال نهى النبي ﷺ عن الضرب في الوجهين وعن الوشم في الوجه .

ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكـــذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً ، فلا يؤمن فوات شيء منهـــا بالضرب وذلك إهلاك معنى ، فلا يشرع حداً ، وقال أبو يوسف « رح» يضرب الرأس أيضاً رجع اليه ، وإنما يضرب سوطاً لقول أبي بكر« رض » اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً ، قلنا تأويله ، انـه قال ذلك فيمن أبيح نقله ، ويقال أنه رد في

(ولأن الفرج مقتل) أي موضع قتل يؤدي إلى الهلاك (والرأس مجمـــع الحواس) فيخاف منها على غاية عقله وعامة حواسه (وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً) هو جمع حسن على خلاف القياس (فلا يؤمن فوات شيء منها) أي من الحواس والمحـــاسن (بالضرب وذلك إهلاك معنى) لأنه يضرب مثله وهي منهية فإذا كان كذلك (فلا يشرع حداً) أي فلا يشرع شيء من ذلك من حيث الحد .

(وقال أبو يوسف « رح » يضرب الرأس أيضاً رجع اليـــه) أي إلى ضرب الرأس ، كان يقول أولاً لا يضرب الرأس ثم رجع وقال (إنما يضرب سوطاً) وبـــه قال الشافعي « رح » في أظهر الوجهين وفي الإيضاح ويضرب الرأس عبد ، لأن ضربه سوطاً وسوطين يخشى لا يجيء منه الفساد ، روى صاحب الأجناس من كتاب الحـــدود ، املاء رواية أبي سليمان ، قال أبو يوسف يتقى الوجه والفرج والبطن والصدر ، ويضرب للرأس ، وقال في الكامل ومن نص مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لأنه يقتل كالرأس .

(لقول أبي بكر « رض » اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً) هـــذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن المسعودي عن القـــاسم أن أبا بكر « رض » أتى برجل أنتفى من أبيه قال أبو بكر « رض » الرأس فإن الشيطان في الرأس . والمسعودي ضعيف .

(قلنا تأويله) أي تأويل قول أبي بكر « رض » (أنه قال ذلك) أي اضربوا الرأس (فيمن أبيح قتله) قال الأترازي وأمر أبو بكر ليس حجـــة لأبي يوسف (ذلك ورد في

حربي ، كان من دعاة الكفرة والاهـــلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائماً . غير ممدود لقول علي « رض » يضرب الرجال في الحدود قيـاماً والنساء قعوداً ، وكان مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود، فقدقيل المد

مشرك من أهل الحرب) محلوق الرأس وضرب رأسه وجب ، والهلاك مستحق ، كذا أجاب عنه فخر الإسلام وغيره ، في شرح الجامع الصغير انتهى .

قلت فيه نظر من وجوه . الأول : أن أمر أبا بكر رضي الله عنه ورد في رجل ابتغى من أبيه ولم يذكر فيه ، من مشرك من أهل الحرب ، الثـاني : أن المشرك من أهل الحرب اذا دخل دار الإسلام بأمان لا يقتل . والظاهر أن أحداً منهم لا يدخل للرجال إلا بأمان. والثالث : لو سلمنا أن هذا المشرك إذا استحق القتل يقتـــل بلا ضرب على رأسه ، لأن الشارع أمر بإحسان القتل ، وهذا كله على تقدير أن يكون أمر أبي بكر « رض » صحيحاً ، وهو ضعيف ، كذا ذكرنا فلا يحتاج إلى تطويل الكلام فيه ، ونقل أنه أي أن أمر أبي بكر « رض » ورد في حربي (كان من دعاة الكفر عنه) أى يدعو الناس اليهم ، وقـد مر الكلام فيه (والإهلاك فيه) أى هـذا الحربي الذى هو من دعاة الكفرة (مستحق) والتعذيب بضرب الرأس قبل القتل غير مستحق لما ذكرنا (قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (ويضرب في الحدود كلها قائماً) أى حال كونه قائمـاً (غير ممدود لقول علي رضي الله عنه قال يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً) هذا أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، اخبرني الحسن بن أبي عمارة عن الحكم عن يحيى ابن الجزار عن علي « رض » قال يضرب الرجل قائمـــاً والمرأة قاعدة في الحد .قوله قيـــاماً أى قائمين وقعوداً أى قاعدات ، كذا قيل ، قلت القعود جمع قاعدين ، وجمع النساء قواعـــد جمع قاعدة .

(ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيـه) أي في الرجل (ثم قوله) أي قول محمد (غير ممدود) أي حال كونه غير ممدود ، واختلفوا فيه (فقد قيل المـــد

---

(١) ويقال انه رد في حربي (هامش) .

أن يلقى على الأرض ويمد ، كما يفعل في زماننا ، وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمده بعد الضرب ، وذلك كله لا يفعل ، لأنه زيادة على المستحق . وإن كان عبداً ، جلده خمسين جلدة ، لقوله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء ، نزلت في الاماء ، ولأن الرق منقص للنعمة ،

أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا) بعد أن ينعقد رجل على رأسه والآخر على رجله .

(وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد الضرب) قال تاج الشريعة « رح » يعني بعدما أوقع السوط على البدن لا يمده لأنه زيادة مبالغة لم يرد به الأثر ، ولا روي فيه الخبر ، وقال بعضهم لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة ، لأنه بدعة ، والعقابان عودان ينصبان بقودين في الأرض ، يمد بينهما المضروب أو المصلوب . (وذلك كله لا يفعل) ذلك إشارة إلى ما ذكر من الإقرار (لأنه زيادة على المستحق) لأنه يكون ظلماً ، والمستحق قدر الحد ، قالوا في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ، ولا يبطح ، بل يترك قائماً إلا أن يعجزهم ، فلا بأس أن يشدوه على أسطوانة ونحوها ، وعند مالك يضرب جالساً ولكن غير ممدود .

(وإن كان) أي الزاني (عبداً جلده) أي جلده القاضي (خمسين سوطاً لقوله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء نزلت في الاماء)وقبلها﴿فإذا أحصن ، فإن أتين بفاحشة فعليهن﴾أي الإماء إذا أحصن ، أي تزوجن ، فإن أتين بفاحشة أي زنين ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات ﴾ أي الحرائر من العذاب ، أي الحد ، أي عليهن نصف الحد ، والحد مائة جلدة ، على الحر أو الحرة ، إذا لم يكونا محصنين ، نصف ذلك خمسون ، فيكون ذلك حد الأمة ، فاذا كان ذلك حد الأمة ، يكون حد العبد أيضاً ، لأن المؤثر للنقصان فيهما واحد (ولأن الرق منقص للنعمة) ألا ترى أن العبد لا يتزوج إلا

فيكون منقصاً للعقوبة، لأن الجناية عند توافر النعم أفحش، فيكون أدعى إلى التغليظ، والرجل والمرأة في ذلك سواء، لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو ، لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب ، والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ، ولأنه أستر لها ، قال وإن حفر لها في الرجم جاز ، لأنه عليه السلام حفر للغامدية إلى ثدييها ،

اثنين ، والأمة من القسم نصف ما بالحرة . أن الرق منقص للنعمة (فيكون منقصاً للعقوبة لأن الجناية والقتل عند توافر النعم) أي عند تكاثر النعم بكسر النون جمع نعمة (أفحش) يؤيده قوله تعالى ﴿ يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين ﴾ ٣٠ الأحزاب، ثم قال ﴿ يا نساء النبي لستن كأحد من النساء ﴾ ٣٢ الأحزاب ، ثم أيد بالعذاب في الأمة الجلد لا الرجم ، بدلالة السياق ، لأن الرجم قتل، والقتل ينتصف قائماً ، وإنما عليهن نصف الشيء الذي له نصف ، وهو الجلد .

(فيكون أدعى إلى التغليظ) أي فيكون الجناية عند توافر النعم أدعى إلى التغليظ فيما يستحق عليه (والرجل والمرأة في ذلك) أي في الحد (سواء لأن النصوص تشملها غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو، لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو) هو الثوب المحشو بالقطن ونحوه (يمنعان وصول الألم إلى المضروب) لكنها فيها (والستر) أي ستر المضروب (حاصل بدونهما) أي بدون الفرو والحشو (فينزعان) ليصل الألم الى بدنها (وتضرب) أي المرأة (جالسة لما روينا) من حديث علي «رض» وهو قوله يضرب الرجال في الحدود قياماً ، والنساء قعوداً .

(ولأنه) أي ولأن الضرب وهي جالسة (أستر لها) لأنها تنضم وتتجمع (قال) أي القدوري (وإن حفر لها في الرجم جاز، لأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ (حفر للغامدية إلى ثدييها) هذا الحديث رواه أبو داود « رح » في سننه حدثنا عثمان بن

وحفر علي « رض » لشراحة الهمدانية . وإن ترك لا يضره ، لأنه عليه السلام لم يأمر بذلك ،

أبي شيبة ، حدثنا وكيع بن الجوارح زكريا بن مسلم بن عمران ، قال سمعت شيخنا يحدث عن أبي بكرة أن النبي ﷺ ، رجم امرأة فحفر لها إلى ثدييها ، فيه مجهول ،وحديثها في مسلم من رواية بريدة وفيه ثم أمر بها ، فحفر لها إلى صدرها،ثم أمر الناس فرجموها، ويوجد في بعض نسخ الهداية حفر لها إلى ثدييها ، والثدي يذكر ويؤنث .

قال الجوهرى ، الثدى للرجل والمرأة ، وقال ابن فارس الثدى للمرأة ، ويقال للرجل ثدوه. وهذا مشعر بتخصيص الثدوة للرجل ، قيل ولم ير ترك أحد استعمل الثدوة للمرأة قلت ، هذا ابن عمر « رض » رواية إلى داود استعمالها للمرأة ، ودعوى تخصيص الرجل بالثدوة ، وما وقع في الصحيح ، أن رجلا في وضع ذباب سيفه بين ثدييه ، وذكر في المغرب ، أن الثدوة بفتح الدال والواو ، وبالضم والهمزة ، فوضع الواو والدال في الحالين مضمومة ثدى الرجل ، أو لحم الثديين . وقال في المجمل ثدوة الرجل كثدى المرأة وهو مشهور ، إذا ضم أوله فإذا فتح له يهمز .

ويقال هو ضرب الثدى ، فعلى هذا يكون ، المراد من الحديث طرف الثدى ، وهو قوله (وحفر علي « رض » لشراحة الهمدانية) هذا أخرجه أحمد « رح » في مسنده عن يحيى بن سعد عن مجالد عن الشبه ، قال كان لشراحة زوج غائب بالشام ، وأنها حملت ، فجاء مولاها إلى علي « رض » فقال أن هذه زنت ، فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة ، وحفر لها إلى السرة ، وان هذا الحديث قوله الهمدانية ، نسبة إلى همدان بفتح الهاء وسكون الميم حي من العرب ، كذا نقل الأترازى « رح » عن ديوان الأدب ، قلت اسم همدان أوسلة بن مالك بن ربيعة « رح » شعب عظيم ينسب اليه خلق كثير من الشعراء والعلماء ، والفرسان ، وأما همدان بفتح الهاء وفتح الميم وبالدال المعجمة مدينة من أشهر مدن الحبال ، وإن ترك لا يضره .

(وإن ترك الحفر لا يضره ، لأن النبي ﷺ لم يأمره بذلك) هذا ذهول من المضرة. وتناقض ، فإنه يقدم في كلامه أنه عليه الصلاة والسلام ، حفر للغامدية وهو في مسلم

وهي مستورة بثيابها ، والحفر أحسن ، لأنه أستر ، ويحفر إلى الصدر لما روينـــا ، ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ، ما حفر لماعز «رض» ولان مبنى الاقامة على التشهـــير في الرجال والربط والامساك غير مشروع. ولا يقيم المولى الحد على عبده ، إلا بإذن الامام ، وقال الشافعي « رح » له أن يقيمـه

(وهي مستورة بثيابها والحفر أحسن ، لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لـما روينا) أي من حديث الغامدية ، حيث حفر لها إلى الثندوة .

(ولا يحفر للرجل لأنه عليه السلام) أى لأن النبي ﷺ (ما حفر لماعز « رض ») رواه مسلم من حديث أبي سعيد الخدرى « رض » ، قال إنمـــا أمر النبي ﷺ برجم ماعز بن مالك « رض » فرجمنا به البقيـع ، فوالله ما أوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام الحـــديث ودفع في حديث مسلم أيضاً .

لأنه حفر له من رواية بريدة وقتيبة ، فلما كانت الرابعة حفرت له حفرة ، وأمر به ، فرجم ، وفي مسند أحمد « رح » أيضاً من حديث أبي ذرعة « رض » أنه عليـه الصلاة والسلام حفر له ، والتوفيق بين الروايتين ، أن الأخذ برواية المثبت ،أولى من رواية الثاني ، لا [1] قال أنه ما يذكره ولا يلزم منه عدم الوقوع .

(ولأن مبنى الإقامة) أى إقامة الحد (على التشهـير في الرجال) وترك الحفر أبلغ في ذلك ، قال الأترازى « رح » وهذا هو ظاهر الرواية ، وقال الطحاوى « رح » إن شاؤوا حفروا له وإن شاؤوا لم يحفروا له (والربط والإمساك غير مشروع)يعني في الرجم وذلك لأن ماعزاً « رح » لم يربط ولم يمسك ، وقد ذكرنا أنه إذا تصعب يربط .

(ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام ، وقال الشافعي له أن يقيمـه) أي للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ، وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ، وعن مالـــك

---

(١) هنا كلام مكشوط من الأصل . اهـ مصححه.

لان له ولاية مطلقة عليه ، كالامام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه ، ما لا يملكه الامام ، فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاة ، وذكر منها الحدود ،

لا يجوز أن يتولى المولى إقامة الحد في الأمة المتزوجه ، وفي العبد يتولى بكل حال ، ولأصحاب الشافعي « رح » في الأول وجهان ، أحدهما السيد أولى لغرض استصلاح ملكه ، وأظهرهما أن الإمام أولى لولايته العامة ، وليخرج عن الخلاف وهذا فيما إذا عاين سيده من العبد ، أو أقر العبد عنده ، أما لو ثبت بالبينة فله فيه قولان ، وفي حد القذف والقصاص له وجهان .

(لأن له) أي للمولى (ولاية مطلقة عليه) أي على عبده (كالامام بل أولى ، لأنه يملك من التصرف فيه ، ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير) حيث يجوز للمولى أن يعزر عبده ، بدون إذن الامام .

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (أربع إلى الولاة وذكر فيها الحدود) هذا غريب ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا عبدة بن عاصم « رح » عن الحسن « رح » قال أربعة إلى السلطان الصلاة والزكاة والحدود ، والقصاص .

حدثنا ابن مهدى « رح » عن حماد بن مسلمة « رح » عن جبلة بن عطية « رح » عن عبد الله بن جرير « رح » قال الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان .

حدثنا عمر بن أيوب « رح » عن مغيرة بن زيادة « رح » عن عطاء الخراساني « رح » قال إلى السلطان الزكاه والجمعة والحدود ، وقال الأترازى « رح » ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم موقوفاً ومرفوعاً أربع إلى الولاة ، الحدود والصدقات والجماعات والفيء ، وكذا قال الكاكي « رح » نحوه ، غير أنه قال ومرفوعاً إلى النبي ﷺ ، قال أربع إلى الولاة إلى آخره وكذا قال الأكمل « رح » فانظر إلى هذا التقصير من هؤلاء ، كيف سكتوا عن تحرير الحديث الذى ذكره المصنف من غير أصل ، والخصم الذى يحتج لمذهبه بالأحاديث الصحيحة هل يرضى بهذا الحديث الذى ليس للترمذى « رح » أصل .

لان الحد ، حق الله تعالى . لان المقصود منه ، إخلاء العالم عن الفساد ، لهذا لا يسقط بإسقاط العبد ،

وما احتج به الخصم فيما ذهب اليه ما رواه الترمذي « رح » باسناده إلى أبي عبد الرحمن السلمي « رح » قال خطب علي رضي الله عنه فقال ، يا أيها الناس أقيموا الحدود على أرقابكم من أحسن منهم ومن لم يحسن ، وان أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها فأتيتها ، فاذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها ، أو قال تموت ، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال ، أحسنت ، هذا حديث صحيح .

وروى الترمذي « رح » أيضاً عن أبي هريرة « رض » قال قال رسول الله ﷺ إذا زنت أمة أحدكم ، فليجلدها ثلاثاً بكتاب الله تعالى ، فان عادت فليبعها ، ولو بحبل من شر ، وفي رواية أبي داود « رح » من حديث علي رضي الله عنه المذكور ، وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم .

وأجاب الأترازي عن هذا بأن ذلك محمول على السبب بأن يكون المولى سبب في حد عبده ، بالمرافعة إلى الامام وإنما قلنا ذلك ، لأن ظاهره متروك بالاجماع ، لأنه يقتضي الوجوب ، ولا يجب على المولى إقامة الحد على عبده بالاجماع . أما على مذهبنا فظاهر ، وكذا على مذهب أي مذهب الشافعي « رح » لأنه يجوز أن يقيم الحد على عبده ، ولا يجب عليه ، فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما قلنا ، وقال الكاكي « رح » وفائدة تخصيص المماليك أنه لا يحملهم المشقة على ملكهم ، على الامتناع على إقامة الحد عليهم .

(ولأن الحد حق الله تعالى) فلا يجوز للمولى أن يستوفيه ، لأنه أجنبي في حقه ، فلا يجوز للأجنبي أن يتصرف في حق غيره (ولأن المقصود منه إخلاء العالم عن الفساد) يتحقق الحكومة إلى يوم التناد (ولهذا لا يسقط باسقاط العبد) فتكون الولاية مستحقة بالنيابة والسلطان نائبه ، أما المولى فولايته بالملك فلا يصلح نائباً عنه وقد استدل هذا الكلام بقوله الحق ، ولما قلتم أن الحد حق لله تعالى ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا ، لكن لا نسلم أنه حق الله تعالى ينافي كونه حقاً للعبد ، ولما لا يجوز أن يكون حقاً للمولى أيضاً .

فيستوفيه من هو نائب عن الشرع ، وهو الامام أو نائبه ، بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي ، وحق الشرع موضوع عنه . قال واحصان الرجم

ثم تكلم بكلام طويل يذهل ذهب الناظر فيه ، فنحن نقول ما قاله تاج الشريعة رحمه الله ملخصاً ، وهو أن الحق مستعملاً غير مضاف ، ومعناه وجود الثبوت ويذكر في مقابلة الباطل يقال هذا حق وهذا باطل ويستعمل مضافاً ، وهو ما استحق به الغير أو يطلب منه رعاية جانب الغير على وجه يليق به . فان حق الله تعالى ما طلبه منه رعاية جانبه وعلى وجه يليق به وهو تعظيمه . وامتثال أمره ، وحق الانسان ما طلب منه رعايه جانب منه على وجه يليق به ، وهو كونه نافعاً في حقه ، دافعاً للضرر عنه ، وإنما قلنا حق الله لأن الجناية وردت على حقه ، لأن حرمة الزنا وشرب الخمر لحق الله تعالى ، ولهذا لا يعمل فيه رضى الغير ولا يسقط باسقاطه .

والواجب بالجناية على حق الغير ، يكون منها حقاً لذلك الغير ، وكذا يستحب للإمام الاختيار فيه للدرء ، ولا يستحب له ذلك في حق العبد ، ولا يتمكن من استيفاء كل حق إلا لصاحبه أو نائبه ، كما في غيره من الحقوق وقياسه على التقرير لا يصح ، لأن حق العبد إذ المقصود منه التأديب ، وهذا العذر من لا يخاطب لحقوق الله تعالى ، كالصبي ، ولهذا أي ولأجل كون الحد حق الله تعالى قوله تعالى يسقط باسقاط العبد .

(فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام) أي الخليفة (أو نائبه) كالقاضي ونحوه (بخلاف التعزير) جواب عن قول الشافعي ، فصار كالتعزير ، بيانه أن التعزير مفارق الحد (لأنه حق العبد ولهذا) إيضاح لقوله حق العبد (يعزر الصبي ، وحق الشرع) أي والحال أن حق الشرع (موضوع عنه) لأنه غير مخاطب (واحصان الرجم) قيد فيه احترازاً عن احصان القذف ، فانه غير هذا على ما يجيء ، والاحصان والتحصين في اللغة ، المنع ، قال الله تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ ٨٠ الأنبياء وقال «في قرى محصنة» وقيل الأصل الدخول في الحصن ، وورد الشرع بمعنى الاحصان ، وبمعنى العقل وبمعنى

أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً ، قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ، ودخل بها وهما على صفة الاحصان . فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة . إذ لا خطاب دونهما . وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها ، وهذه الأشياء

الحرية وبمعنى الترويح ، وبمعنى الاصابة في النكاح ، ويقال أحصنت المرأة أي عفت ، وأحصنها زوجها . وأحصن الرجل بزوج .

(أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها ، وهما على صفة الاحصان) هذا على صفة الاحصان ، هذا لفظ القدوري في مختصره ، وشرح المصنف « رح » لبيان هذا والشروط بقوله (فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ لا خطاب دونها) أي دون العقل والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام ، رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل ، ولأن الرجم عقوبة ، وهما ليسا أهل العقوبة .

(وما وراءهما) اى ما وراء العقل والبلوغ من الشرائط (يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة) وذلك لأن الرجم ، نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناة أيضاً ، لأن السبب أبداً ، يثبت بجد ثبوت السير حساً وشرعاً ، وتناهي الجناية إنما يكون إذا وجدت هذه الشرائط في الزاني ، إذ عند وجودها يتوافر النعم والجناية ، عند توافر النعم أغلظ ، وأفحش ، وأشار اليه بقوله :

(إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها) أي عند تكثر النعمة ، والنعمة ما أنعم الله على عباده من مال ورزق ، كذا في الجمهرة ، وفي الاصطلاح يعني بها النفع الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق ، على ذلك الغير .

(وهذه الأشياء) أي الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول بها في نكاح صحيح

من جلائل النعم ، وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها ، فيناط به بخلاف الشرف والعلم ، لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ، ونصب الشرع بالرأي متعذر ، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح ، والنكاح الصحيح ، ممكن من الوطء الحلال ، والإصابة شبع بالحلال . والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة

وهما على صفة الاحصان (من جلائل النعم) أي من عظائمها (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها) أي عند استجماع هذه الأشياء (فيناط به) أي تعلق الرجم باستجماع هذه الأشياء ، فإذا وجد الزنا عند استجماعها يجب الرجم وإلا فلا .

(بخلاف الشرف والعلم) جواب عما يقول لما كانت الأشياء المذكورة من جلائل النعم كانت شرائط الاحصان ، والشرف والعلم أيضاً من أجل النعم ، فينبغي أن يكونا من شرائط الاحصان ، فأجاب عليه بقوله بخلاف الشرف والعلم .

(لأن الشرع ما ورد باعتبارهما) ها هنا لأنهما لا يضبطان لأنه ليس لهما حد معلوم ، والشرف علو الحسب ، وحسب الرجل مآثر آبائه .

(ونصب الشرع بالرأي متعذر) إذ لا دخل للرأي في نصب الشرع لأنه صفة وصفه الشارع .

(ولأن الحرية) دليل على الإقتصار على تلك الشرائط فيتضمن بأنه لها حد خلافي الاستغناء عن الزنا . دون غيرها من العلم والشرف ، يعني لأن الحرية (ممكنة)من التمكين (من النكاح الصحيح ، والنكاح الصحيح ممكن) من التمكين أيضاً (من الوطء الحلال ، والاصابة) أي الدخول بالنكاح الحلال (شبع بالحلال) أي شبع للزوج من الزنا ، بكسر الشين ، وفتح الباء يعني يحصل بالنكاح الصحيح ، تمكنه في الوطيء الحلال ، وبالدخول يحصل الشبع .

(والإسلام يمكنه) من التمكين أيضاً (من نكاح المسلمة) يعني الإسلام يحصل به

ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا ، والجناية بعد توافر الزواجر أغلظ . والشافعي « رح » يخالفنا في اشتراط الإسلام، وكذا أبو يوسف « رح » في رواية لهما ، ما روي أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا،

الممكنة من نكاح المسلمة (ويؤكد) أي الإسلام (اعتقاد الحرمة) كل واحد منهما نعمة يشترط في احصان الرجم ، ليكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة ، بعد كامل النعمة ، (فيكون الكل مزجرة عن الزنا) قال الأترازي أي سبب الزجر قلت الاصح بمعنى زجر .

(والجناية بعد توافر الزواجر) عن أنها تكون الجناية (أغلظ) يعني أشد وهو الرجم ، والزواجر جمع زاجرة ، وأراد بها قوله ، ولأن الحرية إلى هنا ، فافهم ، ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة ، وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً ، والعقوبة آجلاً من الزواجر لا محالة ، والجمال في المنكوحة مقنع يعني للزوج عن النظر إلى غيرها ، والشرف يردع عن طوف لحوق معرة الزنا ، فكان الواجب أن يكون من شرائطه ، والجواب أن المسلم الناسي قلما يخلوا عن العلم بما ذكرت ، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به ، فلا يكون معتبراً .

(والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام) حيث يقول الإسلام ليس بشرط في الاحصان ، وبه قال أحمد وأبو يوسف رحمهم الله في رواية ، ومذهب مالك « رح » لقولنا أنه شرط (وكذا أبو يوسف « رح ») أي وكذا يخالف أبو يوسف « رح » أيضاً في اشتراط الإسلام (في رواية) وهي غير ظاهر الرواية وثمرة الخلاف ، أن الذي في البيت الحر إذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم ، وعند الشافعي « رح » ومن قال يقول يرجم . (لهما) أي للشافعي وأبي يوسف « رح » (ما روي أن النبي ﷺ رجم يهوديين قد زنيا) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر رضي الله عنهما مختصراً ، ومطولاً ، وفيه قام بهما رسول الله ﷺ فرجما .

قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيــده قوله عليـه السلام ، من أشرك بالله فليس بمحصن ، والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبـل على وجه يوجب الغسل، وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول.

(قلنا كان ذلك) أي برجم النبي ﷺ يهوديين (بحكم التوراة) يعني في ابتداء الإسلام ولهذا سألهم رسول الله ﷺ عن حد الزنا في التوراة ، لما تقرر الإسلام فنسخ ذلــك (ثم نسخ يؤيده) أي يؤيد النسخ (قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (من أشرك بالله فليس بمحصن) هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه . أخبرنا عبد العزيز بن محمــد « رح » حدثنا عبد الله « رح » عن نافع رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنهـما ، عن النبي ﷺ قال من شرك بينه فليس بمحصن ، وقال إسحاق « رح » رفعه مرة فقــال عن رسول الله ﷺ ودفعه مرة ورواه الدارقطني من طريق إسحاق ، وقال الأترازي « رح» ولنا ما روى أصحابنــا في كتبهم عن ابن عمر « رض » ثم ذكر الحديث ، وكأنه لم يطلع على شيء غير ذلك ، فكذلك قال ، ولنا ما روى أصحابنا ولم يذكر شيئاً غير ذلك.

(والمعتبر في الدخول) يعني في قوله نكاحاً صحيحاً ودخل بها (الإيلاج)أي الدخول وأصله الأولاج قلبت الواو ياء بسكونها ، وانكسار ما قبلها ، لأنه من ولــج ولوجاً ، أي دخل وأولج إيلاجاً أي أدخل (في القبــل) أي الزوج (على وجه يوجب الغسل) يعني بالتقاء الختانين ، قال إلا كله فيه نظر ، لأنه ينافي ما تقدم من قوله ، الاصالة تنبع بالحلال، فإن الشبع إنما يكون الإنزال ، دون الإيلاج ، وعرف ذلك من حديث رفاعـة « رض » حيث قال عليه الصلاة والسلام ، لا حتى تذوق عسيلته انتهى .

قلت ولا وجه لنظره لأنه ذهل عما قاله الأصحاب ، إن الشرط الدخول، في التحليل، والشرط ، والإيلاج ، دون الإنزال ، لأنه كال ، والشرط أن يكون موجباً للغسل وهو التقاء الختانين ، والعسيلة كان عن لذة الجماع دون الإنزال ، وشذ الحسن البصري « رح » في قوله العسيلة الإنزال .

(وشرط صفة الاحصان فيها عند الدخول) أي في الزوج والزوجة يعني شرطت في

حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً ، وكذا إذا كان الزوج موصوفاً باحدى هذه الصفات ، وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة ، لأن النعمة بذلك تتكامل، إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونه ، وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذراً عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين . وأبو يوسف يخالفنا في الكافرة ،

قول القدوري ، ودخل بها وهما على صفة الاحصان ، وفائدته ما أشار إليه بقوله (لو دخل بالمنكوحة الكافرة والمملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً) وقال الحاكم الشهيد في الكافي قال أبو يوسف « رح » يكون محصناً بجماع الكافرة ، هذا هو ظاهر الرواية ، عن أبي يوسف « رح » وروى الطحاوي والكرخي في ظاهر الرواية عن أبي يوسف «رح» أن النصارى يحصن بعضهم بعضاً ، وان المسلم يحصن النصرانية وهي لا تحصن المسلم .

(وكذا إذا كان الزوج) هو أيضاً من فائدة شرط الاحصان فيهما ، عند الدخول ، أي وكذا لا يكون الزوج محصناً إذا كان (موصوفاً بإحدى هذه الصفات) وهي الكفر والصبية والمجنون والصبي (وهي) أي والحال أن المرأة (حرة عاقلة بالغة مسلمة لأن النعمة بذلك) أي بما ذكر من الحريه والعقل والبلوغ والإسلام (متكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها) أي رغبة الزوجين فيه أي في الصبي .

(وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ، ولا ائتلاف مع اختلاف الدين) فلا تتكامل النعمة ما لم تنتف هذه العوارض . فإن قلت كيف يتصور أن يكون الزوج كافراً ، والمرأة مسلمة يتصور فيما إذا كانا كافرين فأسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج ، فانهما يعدا زوجان ما لم يفرق القاضي بالاباء عند عرض الاسلام . (وأبو يوسف « رح » يخالفنا في الكافرة) حيث يقول المرأة الكافرة لا تمنع احصان الرجل ، وقد مر الكلام فيه

والحجة عليه ما ذكرناه . وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانيـــة ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد . قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلـــد لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع ،

آنفاً (والحجة عليه) أي على أبي يوسف رحمه الله (ما ذكرناه وهو قوله عليـــه الصلاة والسلام ، لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانيـــة ولا الحر الأمة ولا الحرة العبـــد) وقال الأترازي هذا الحديث مذكور مرسلاً هكذا في باب الاحصان من مبسوط شمس الأئمة السرخسي«رح»،ولكن محمداً قال في الأصل لا يحصن الرجل المسلم إلا المرأة المحصنة ، إذا دخل بها ثم قال ، بلغنا ذلك عن عامر وابراهيم النخعي ، وقال الأكمل ذكر هذا شمس الأئمة السرخسي « رح » مرسلاً في مبسوطه .

قلت هذا الحديث غريب ليس له أصل وروى ابن أبي شيبة في مصنفه من طريقـــة الطبراني في معجمه والدارقطني في مسنده وابن عدي في الكامل من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك ، أنه أراد أن يتزوج يهودية فقـــال له النبي ﷺ لا تتزوجها فانها لا تحصنك .

قال الدارقطني وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف وعن علي بن أبي طلحة لم يدرك كعباً، وقال ابن عدي أبو بكر بن أبي مريم الغساني ممن لا يحتج بحديثه ، ويكتب حديثه فانها صالحة ، وقال ابن القطان هذا حديث ضعيف ومنقطع .

(قال) أي القدوري (ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم) هذا لفظ القدورى، وقال المصنف (لأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ (لم يجمع) أي بينهـــا ، لأن في حديث ماعز الرجم فقط ، وليس فيه الجلد ، حتى أن الأصوليين استـــدلوا على تخصيص الكتب بالنسبة[1] فانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً ولم يجلده ، لأن آية الجلد شاملة للتحصين وغيره ، وهو قول مالك والشافعي والزهري والأوزاعي والنخعي

---

(١) هكذا في الاصل – تخصيص الكتب بالنسبة – وهذا خطأ ، اه مصححه .

والثوري وأبي ثور وأحمد « رح » في رواية . وعن أحمد في رواية وداود ويجلد مائة ويرجم ، واختار ابن المنذر من أصحاب الشافعي ما روى مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم .

وروى أحمد ثم البيهقي من رواية الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جلد شراحة يوم الخميس ، ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدتها بكتاب الله عز وجل ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ .

أجيب عن حديث عبادة بأنه منسوخ . لأن أول آية نزلت في هذا الباب قوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ إلى قوله ﴿ أو يجعل الله لهن سبيلا ﴾ ١٥ النساء ، ثم نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا .. الحديث ، ولم يكن بين الحديث وبين الآية حكم آخر .

ثم حديث ماعز « رض » يكون متأخراً عن حديث عبادة لامحالة الحكم المتأخر ينسخ المتقدم لا محالة إذا كان بين الحكمين مخالفة .

فان قلت كيف يصح دعوى النسخ وحديث علي يرد هذا. قلت قد ثبت إجماع الصحابة قبل ذلك بخلافه في خلافة عمر رضي الله عنه ، فاجماعهم أولى من تفرده بحكم بعد الاجماع المصون ، وذلك عن عمر رضي الله عنه في خلافته رجم ولم يجلد بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ ، ولم يخالفه أحد ، فحل محل الاجماع .

وجواب آخر يحتمل أن يكون علي رضي الله عنه جلدها ، لأنه لم يثبت عنده احصانا، ثم لما ثبت إحصانها رجمها وقال جلدتها بكتاب الله تعالى ، وهو قوله ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ... ﴾ الآية ٢ النور ، ورجمتها بالسنه حتى ثبت الاحصان . وقال الخارجي في كتابه وروى حديث ماعز رضي الله عنه جماعة كسهل بن سعيد وابن عباس ، ويعرف آخر إسلامهم . وحديث عبادة كان في أول الأمر ، وبين الزمانين مدة .

ولأن الجلـــد يعرى عن المقصود مع الرجم لأن زجر غيره ، يحصل بالرجم ، إذ هو في العقوبـــة أقصاهـا وزجره لا يحصل بعد هلاكه .

قال ولا يجمـــع في البكر بـــين الجلـــد والنفي ، والشافعي « رح » يجمع بينهما حداً لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلـــد مائة وتغريب عام ،

(ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم) يعني إذا حصل الرجم يحصل المقصود ، وهو العقوبة المتناهية ، وهو الرجم ، فلا حاجة إلى ما دونه وهو الجلد (لأن زجرغيره) أي غير الزاني (يحصل الرجم ، إذ هو) أي المرجوم (في العقوبة أقصاها) لأنه لاعقوبة فوقها (وزجره) أي وزجر الزاني (لا يحصل بعد الهـلاك) يعني إذا كان الزجر للزاني بزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون ولا يجمع بينهما .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) وقال المصنف (والشافعي يجمع بينهما) أي بين الجلد والنفي (حد) أي من حيث الحد بشربه ، أي النفي أبر به عندنا يجوز بطريق التعزير والباسة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) هو حديث رواه مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه وقد ذكر عن قريب . وروى البخاري عن زيـــد بن خالد عن النبي ﷺ أنه أمر فيمن زنى ولم يحصن بجلد مائة وتغريب [1] عام .

والبكر بكسر الباء خلاف الثيب ، ويقعان على الرجل والمرأة ، ومعنى البكر بالبكر أو زنى البكر بالبكر حده ، كذا يقول الشافعي . قال أحمد وهو قول الثوري والأوزاعي والحسن ابن صالح وعبد الله بن المبارك وإسحاق رحمهم الله قالوا يجلد وينفى سنة إن كان البكر حراً ، وفي العبد ثلاثه أقوال عن الشافعي في قول يغرب ستة أشهر ، وفي قول سنة ، وفي قول لا يغرب أصلا بل يجلد خمسين ، وقال مالك يجمع بينهما الرجل دون المرأة والعبد.

---

(١) لقد وردت في الأصل – تقريب – والصحيح ما أثبتناه ، اهـ مصححه .

ولأن فيه حسم باب الزنا ، لقـــلة المعارف ، ولنا قوله تعـــالى ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء أو إلى كونـــه كل المذكور . ولأن التغريب فتح باب الزنا لانعـــدام الاستحياء من العشيرة،

وعن الشافعي في قول تغريب المرأة محرم ، وأجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول ، والتبيان أشفع الحرم ، قيل يجبره السلطان على الخروج معها . وقيـــل لا . وإذا كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بغير محرم يحرم وجهان ، ولا ينتقض في مسافة الغربـــة عن رحلتين ، وله الخيار في حبت [1] السفر ، فان رجع الغريب إلى بلده لم يتغير عزله ، وإذا عاد الغريب يخرج ثانياً ، ولا يجب المدة الماضية . ومن نفى يجيء في الموضع الذي ينفى اليه .

(ولأن فيه) أي في النفى (حسم باب الزنا) أي قطعه (لقلة المعارف) لأن الزنا إنما يكون بالمصاحبة والمحادثة مع الأحباب والجناب عند الفراغ الغرب القلب ، والغربة لتفويت هذه الأشياء وتمنع عنها .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فاجلدوا ﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفـــاء) بيانه أن الله تعالى جعل جزاء كل واحدة من الزانية والزاني الجلد لا غير ، وهذا لأن الفاء للخبر ، والجزاء عبارة عن الكافي المنافي ، فينبغى وجوب غيره ، كما إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ، فاذا وجد الشرط يقع طلقة واحدة لا غير ، لأنها هى الجزاء ، فلا يجب النفى إذا (أو إلى كونه كل المذكور) أي أو رجوعاً إلى كون الجلد كل المذكور في الآية ، لأن المذكور فيها هو الجلد لا غير ، فاذا كان كل المذكور يكون كل الواجب ، لأنه لو كان يجب شيء آخر لبينه ، لأن الموضع موضع يحتاج اليه في البيـــان ، وترك البيان في مثل هذا الموضع لا يجوز للزوم الاخلال .

(ولأنه في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة) هذا جواب عن قول

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل.

ثم قطع مواد البقاء ، فربماتتخذ زناها مكتسبة وهو من أقبح وجوه الزنا ، وهذه الجهة مرجحة لقول علي « رض »

الخصم ، ولأن فيه باب الزنا .. إلى آخره بيانه أن الإنسان يمنع من الزنا في بلدته استحياء من أقاربه وعشائره بها وبعض معارفه ، ففي القربة يرتفع الحياء ، فتقع الفاحشة ويفتح له باب الزنا لعدم من يستحي منه ، وإن كان النفي إلى المرأة يحتاج إلى النفقة لا محالة ، وهي عاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكسباً [1] ، فتقعد فخير قبحة ، وذلك من أقبح وجوه الزنا وأفحشها .

وأشار إلى قولنا وإن كان النفي للمرأة .. إلى آخره بقوله (ثم فيه) أى في النفي (قطع مواد البقاء) وهو الكسب لما يحتاج اليه من المأكول والمشروب (فربما تتخذ) أي المرأة تتخذ (الزنا مكسبة) لأنها لما تباعدت عن الأقارب والأوطان ونزلت في الرباط أو الجنان أخرجها انقطاع مواد المعاش على اتخاذ الزنا مكسبة لانقطاع الوانفى والمواقع [2] من المعاش (وهو من أقبح وجوه الزنا) يعني هذا أقوى مما قاله الخصم .

(وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه) يجوز بكسر الجيم وفتحها . قال الكاكي معنى رجحها قوله عليه الصلاة والسلام للتعليل . وقال الأكمل مرجحة نقل بفتح الجيم وضمها ، فوجد الفتح أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه ، واللام للتعليل . وقال الأكمل مرجحة نقل بفتح الجيم وكسرها ، فوجد الفتح أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ما قلنا . ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي رضي الله عنه . وقال المصنف هذه الجملة من جهات العلل ، يريد صحه قول علي ، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول ، كما في قوله تعالى ﴿ والذين هم للزكاة فاعلون ﴾ ٤ المؤمنون ، وفي الوجه الأول كانت للتعليل ، ثم قال ملخصاً من كلام السغناقي كان قال في الأصل أن ما يصلح مرجحاً ، وهذه الجهة علة ، فكيف صحت علة .

---

(١) هذه الكلمة في الأصل رسمت هكذا -يكسر- والصحيح ما أثبتناه ، اه مصححه .

(٢) هكذا الجملة في الأصل بهذا اللفظ .

كفى بالنفي فتنة ، والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة ، وقد عرف طريقه في موضعه .

أجيب بأن هذه الجهة ليست بعينه للحد ، بل هي باقية ، مع أن النفي ليس بحكم . وأجيب في الحد فيصلح للتزويج ، ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضحاً بعضها بعضاً ، وما أرى أخبار المصنف « رح » لفظ الجهة على لفظ العلة لهذا .

(وكفى بالنفي فتنة) هذا رواه عبد الرزاق ومحمد بن الحسن « رح » في كتابه الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله ابن مسعود في البكر يزني بالبكر ، قال يجلدان مائة وينفيان سنة قال ، وقال علي رضي الله عنه حبسهما من فعل الفتنة أن ينفيان ، وروى محمد بن الحسن الشيباني أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة .

(والحديث منسوخ كشطره) أراد بالحديث قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، وهو منسوخ بشطره ، أي شطر الحديث (وهو قوله ﷺ الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة) والعجب من الخصم أنه يحكم في الحديث الواحد بأن نصفه منسوخ ونصفه محكم (وقد عرف طريقه) أي طريق نسخ قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام (في موضعه) يعني في طريق الخلاف ، قاله الأترازي .

وقال الكاكي « رح » في موضعه من التفاسير وكتاب الناسخ والمنسوخ فإن قيل هذا إثبات النسخ بالقياس . أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخاً بناسخ ، ولم يبين أن الناسخ ما هو ، والناسخ حديث ماعز ، أوقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٤ النور ، لا قوله عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، نزلت من ولو كانت هذه الآية نزلت من نزلت من قبل استثناء من قوله ولا يجمع في البكرين اثنين ، والجلد يعني إذا رأى الإمام مصلحة يقال خذوا عني القرآن ، فدل على أن الآية متأخرة ناسخة لحديث التغريب .

إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة ، فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة ، لأنه قد يفيـــد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه إلى الامام ، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم .

(إلا أن يرى الإمام مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين اثنين والجلد ، يعني إذا رأى الإمام مصلحة للنفى (فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة) لا على أنه حد (لأنه قد يفيد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه للإمام)وهذا لايختص بالزنا ، بل يجوز بذلك في كل جناية ، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نفى هبة المخنث من المدينة ، ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن الحجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربهـا	أم من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فتى ماجد الأعراق تقبيـــل	تضيء صورته في الحـالك الداج

وذلك لا يوجب النفى ، ولكن فعل ذلك لمصلحة ، فقال ما ذنبي يا أمير المؤمنين ، فقال لا ذنب لك ، وإنما الذنب حيث لا أظهر دار الهجرة عنك . قلت قائـلة هذا الشعر في الفريعة بنت همام أم الحجاج بن يوسف، كانت تحت المغيرة،ونضر بن حجاج كان من بني سليم ، وكان جميلا راعيا ، ولما سمع عمر ذلك سير نضر إلى البصرة ، وكان عمر رضي الله عنه سمع قائلا أيضا بالمدينة يقول :

أعوذ برب الناس من شر معقل	إذا معقل راح البقيع مرجـلا

يعنى معقل بن سنان الأشجعي ، وكان جميلا ، قدم المدينة فقال عمر رضي الله عنـه إلحق ببباديتك ، فقال رجل شعره . جمدة بالجيم إذا رجله بالجيم إذا جعلا .

(وعليه) أي على ما ذكر من التعزير والسياسة (يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) رضي الله عنهم ، وروى الترمذي حدثنا أبو كريث ويحيى بن أكتم قال أنبأنا . وروى القدوري حديث أبي كريث يحيى بن أكتم قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن عبد الله عن

وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم ، لأن الاتـــلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض ، وإن كان حده الجلـــد لم يجلد حتى يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهـــلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد ،

نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ضرب وغرب ، دار أبي بكر « ر ض » ضرب وغرب ، دار عمر « ر ض » ضرب وغرب ، وقال حديث غريب . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا جرير بن المغيرة عن ابن يسار مولى النعمان ، قال جلد عثمان « ر ض » امرأة في زنا ، ثم أرسل بها مولى ، أي قال له المهدي إلى خيبر نفاها [1] .

(وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم) أي والحـال أن حده الذي استحق الرجم في الحال (لأن الإتلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض) وهذا اتفاق الأئمة الأربعة . وعن بعض أصحابنا الشافعي « رح » في وجه إن ثبت زناه بالإقرار يؤخر إلى أن يبرأ ، لأنه يسأل الرجوع ، وربما رجع ، ولكن المشهور عنهم أن الرجم لا يؤخر .

(وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهـلاك) وهـذا في مرض يرجى زواله . وعن ابن القطان من أصحاب الشافعي « رح » أنه لا يؤخر ، ويضرب في المرض بحيث ما يحتمله ، وبه قال أحمد . وعن أحمد « رح » أنه يؤخر كقول العـــامة ، وإن كان مرض لا يرجى زواله كالسل ومخدوج الخلقة ، أي ضعيف الخلقة لا يحتمـــل السياط ، فعندنا والشافعي وأحمد يضرب بعشكال فيه مائة شمراخ ، فيضرب دفعة واحدة أو يضرب مائة سوط مجتمعة ضربة واحدة ، وذكره في المحيط ، وفيه (ولهـذا لا يقام القطع في الحر الشديد والبرد الشديد) وبه قال الشافعي « رح » ، بل يؤخر إلى زمان اعتدال الهواء . وقال مالك يضرب المريض مائة سوط مستفرقاً ، بحيث ما يحتمله وإن لم يكن آخر ، ولهذا ، أي ولأجل الإفضاء إلى الهلاك لا يقطع أي يد السارق عند شدة الحر والبرد ، لخوف التلف .

---

(١) هكذا لفظ الحديث في الأصل . اهـ مصححه .

وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها ، كيلا يؤدي إلى هلاك الولد' وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها . أي ترتفع . يريد به تخرج منه ·لان النفاس نوع مرض . فيؤخر إلى زمان البرء . بخلاف الرجم . لان التأخير لاجل الولد . وقد انفصل ، وعن أبي حنيفـــة « رح » أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته . لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع. وقد روي أنه عيه السلام

(وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) وإن كان حدها جلداً أو رجماً (كيـلا يؤدي إلى إهلاك الولد ، وهو نفس محترمة) والحد شرع زاجراً لا متلفاً (وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها) أي فلا تحد حتى تخرج من نفاسها ، وقوله حتى تتعالى لفظ القدوري « رح » ، فكذلك فسره بقوله (أي يرتفع يريد به الخروج [1] منه) أي يريد العذر ، أي بقوله الخروج بـــه ، أي من النفـــاس (لأن النفاس نوع مرض ، فيؤخر إلى زمان البرء ، بخلاف الرجم ، لأن التأخير لأجل الولد وقـــد انفصل) وهذا ظاهر الرواية .

(وعن أبي حنيفة [2] يؤخر) أي الرجم (إلى أن يستغني ولدها عنهـا إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته) أي بتربية الولد ، وبه قالت الثلاثة . ولو ادعت أنها حبلى لا يقبل قولها ، لكن القاضي بر بها النساء ، فإن قلن حبلى خلا حبسها إلى حولين ، فإن لم تلد رجمهـــا للتيقن يلزمهن ولو وجدت امرأة لا زوج لها حبلى ، فلا يجب عليها الحد (لأن في التأخير) أي في تأخير الرجم (صيانة الولد من الضياع ، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام) أي

---

(١) يخرج – هامش .

(٢) أنه – هامش .

قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك . ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب . بخــــلاف الاقرار . لان الرجوع عنه عامد . فلا يفيد الحبس . والله أعـــلم

أن النبي ﷺ (قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يشفع [1]) وكذلـك هذا بهذا اللفظ غريب ، وهو في مسلم عن سرير بن المهاجر عن عبد الله بن يزيد عن أبيـــه ، قال جاءت الغامدية فقــالت يا رسول الله إني زنيت فطهرني وانه ردهــا ، فلما كان الغد قالت يا رسول الله لعلك تريد أن تردني كما رددت ماعزاً ، فوالله اني لحبلى ، فقال لها لا فاذهبي حتى تلدي ، فلما ولدت أتته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت هذا يا رسول الله قـــد فطمته فقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها ، وأمر الناس فرجموها .

(ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب ، بخلاف الإقرار ، لأن الرجوع عنه عامد فلا يفيد الحبس) وقال الحاكم الشهيد في الكافي ، فإن ادعت أنها حبلى أداها القاضي النساء ، فإن قلن هي حبلى حبسها إلى سنتين ثم يرجمها ، وإذا شهـدوا عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر اليها النساء قلن هي كذلك درىءعنها الحد ، ولا حد على المشهود أيضاً ، وكذلك المجنون ، ولا حد على قاذفه . ويقبل في الرتقـــاء والعذراء والأشياء التي يعمل فيهـــا بقول النساء قول امرأة واحدة ، وفي فتـــاوى الولوالجي والمعنى أحوط.



---

(١) حتى يستغني ولدك – هامش .

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا ، وإنـــه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

أي هذا باب في بيـــان حكم الوطء الذي يوجب الحد ، وبيـــان حكم الوطء الذي لا يوجب الحد .

(قال) أي المصنف قال الأترازي « رح » اعلم أولاً أن وضع كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع الصغير والقدوري ، ففي كل موضع يذكر لفظ،قال يريدبه محمداًوالقدوري وهذا ذكر لفظ قال ولم يرد به أحداً منهما ، فكان على وضعه ، وكان ينبغي أن يقول قال العبد . الضعيف بإسناد الفعل إلى نفسه ، أو يقول اعلم أن (الوطء الموجب للحدهوالزنا) حتى يرتفع الإلتباس ، انتهى . قلت هذا كلام عجيب منـه صادر من غير تأمل ، لأن المعترف لما يذكر لفظ قال قط بقول محمد ، وقال القدوري بل يقول قال علي اسكت، لأنه يعلم فاعل .

قال محمد أو القدوري من المسألة المتوجة به بأن كانت المسألة من مسائل القـدوري يعلم أن فاعل قال هو القدوري فإن كانت من مسائل الجامع الصغير يعلم أن فاعله هو محمد « رح » ، وإن لم يكن فيها يعلم أن فاعله هو المصنف ، فلا يحصل له الإلتباس، لأن التمييز يحصل من مسائل ، والذي ليس له أهلية في ذلـك لا يعرف السهو من البر ، ولا ينبغي له أن يتعلق بالهداية ، لأنه لا تهتدي بالهداية الوطء الموجب للحد هو الزنا لقوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ٤ النور .

(وانه) أي وإن الزنا (في عرف الشرع) أي في اصطـلاح الشرع (واللسان) أي وفي عرف اللسان وهو اللغة (وطء الرجل المرأة في القبـــل) قيد بهذا ، لأن العرب

في غير الملك ، وشبهة الملك ، لأنـــه فعل محظور ، والحرمـــة على الإطلاق عند التعري عن الملك ، وشبهته، يؤيد ذلك قولهعليهالسلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ،

لا يسمون ما يجري بين الذكرين من الوطء وطئاً بل يسمونه لواطاً ، لأن كل فعل له اسم خاص ، فمن أتى بالقبل يقال أنه زنى ومن أتى بالدبر قيل أنه لاط (في غير الملك وشبهة الملك) حتى يكون حراماً على الإطلاق ، وينبغي أن يكون كل واحد منهما مشتهى ، لأن وطء الميتة والبهيمة لا يسمى زنا لعدم كونها مشتهاة ، وكذلك وطء الصبي والمجنون، وينبغي أن يكون عازياً عن الحل ، لأن وطء الأمة المشتركة ، وإن كانت حراماً لوقوع التصرف في ملك الغير ،بدون الإذن ، ولكن لا يكون زنا ، لأنه يعرى عن شبهة الحل لكون بعض التصرف في ملك الواطىء .

فإن قلت شأن الحـد أن ينظر وينعكس ، وهذا غير منعكس ، لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل والتعريف ليس بصادق عليه . قلت هذا التعريف إنما هو بالنسبة إلى الأصل ، والمرأة تدخل فيه بتغاير التمكين طوعاً .

(لأنه فعل محظور) أي لأن الزنا فعل حرام . فإن قلت هذا تعليـــل واقع في غير محله ، لأنه في التصورات . قلت التعليل لثبات التعريف ، وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء لشبهة الشهوة في تحقق الزنا . وتقرير كلام المصنف إنما اعتبروا أن يكون في غير شبهـة الملك ، لأنه فعل محظور موجب الحد ، ويعتبر فيه الكمال ، لأن النـاقص ثابت من وجه دون وجه ، فلا يوجب عقوبة .

(والحرمه على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهة [1] الملك يؤيد ذلك قوله عليه الصلاه والسلام) أي قول النبي ﷺ (ادرؤوا الحدود بالشبهات) هذا الحديث بهـــذا اللفظ غريب ، وذكر أنه في الخلافيات أن البيهقي عن علي « رض » . وفي مسنـــد أبي

---

(١) شبهته – هامش .

ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل ، وتسمى شبهـــة حكمية فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً ، ولا بد من الظن لتحقق الإشتبـاه ، والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاتـــه،

حنيفة عن ابن عباس رضي الله عنه . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنـــا هشيم عن منصور عن الحارث عن ابراهيم قال قال عمر رضي الله عنه لأن أعطل الحدود بالشبهـات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات ، حدثنا عبد السلام عن إسحـاق عن ابن أبي فروة عن عمرو بن شعيب عن أبيه أن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر ، قالوا إذا شبهت عليك الحد ، فأدراه. وأخرج عن الزهري قالوا ارفعوا الحدود بكل شبهة ، والعجب من الكاكي حيث قال هذا الحديث يعني الذي ذكره المصنف متفق عليه تلقته الأمة بالقبول .

(ثم الشبهة نوعان ، شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه) وهي أن تسميه عليـــه الحال بأن يظن أنها تحل له (وشبهة في المحل) من وهي أن تكون الشبهـة التي في المحل شبهة ملك الرقبة أو ملك البضع (وتسمى) أي هذه الشبهة (شبهة حكمية) باعتبـار أن المحل أعطي له حكم الملك في إسقاط الحد ، وإن لم يكن الملك ثابتاً حقيقـــة وذكر التمرتاشي والمرغيناني والشبهة الحكمية تسمى أيضاً شبهة الملك ، وهي عبارة عن قيـام العلة بلا عمل لمانع اتصل بها ، وهي مانعة الحد على التقادير كلها . وفي المحيط الشبهة ثلاثة ، شبهة في الفعل ، وشبهة في المحل ، وشبهة في العقد .

(فالأولى) أي الشبهه الأولى (تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن معنـاه أن يظن به غير الدليل دليلا) كما يظن أن جارية امرأته تحل له ، بناء على أن الوطء نوع استخدام ، والاستخدام محل ، فكذا الوطء (ولا بد من الظن لتحقق الإشتبـاه) فيكون تحققـاً بالنسبة إلى الظان .

(والثانية) أي الشبهة الثانية (تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاتـــه) مثل

ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث ، والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه ، لأن الفعل تمحض زناً في الأولى ، وإنما يسقط الحد لأمر راجع اليه، وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية،

قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك (ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤوا الحدود بالشبهات (والنسب يثبت في الثاني [1]) أي في المذكور الثاني ، وهو شبهة المحل (إذا ادعى الولد) لأن الفعل لما لم يكن زناً بشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالمدعوة ، لأن النسب مما يحتاط في إثباته (ولا يثبت في الأول وإن ادعاه) أي لا يثبت النسب في شبهة الفعل وإن ادعى الولد ، لأنه لاحق له في المحل ، فوقع الفعل زناً ، إلا أنه سقط الحد بدعوى الإشتباه ، وإن لم يدع الظن وجب الحد .

وفي الولوالجي ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر فلا حد عليهما ، لأن الشبهة في أحد الجانبين يتعدى إلى الآخر ، وقال الكاكي قيل هذا ليس يجري على العموم ، قال في المطلقة الثلاث يثبت النسب لأن هذا الوطء في شبهة العقد ، فيكفي ذلك لإثبات النسب، ذكره التمرتاشي . وفي المعراج المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن يكون كالمطلقة ثلاثاً .

(لأن الفعل تمحض) أي خلص ، من المحض ، وهو اللبن الخالص الذي لا يخالطه شيء (زنا في الأولى ، وإن سقط الحد بأمر راجع اليه) أي إلى الواطىء (وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية) وهي الشبهة في المحل لوجود الدليل الشرعي على حل الوطء ، وإن لم يثبت الحل فكذلك حكمه في الظن وعدمه في سقوط الحد ، لما أن الملك إذا يثبت بوجه لم يبق معه اسم الزنا من كل وجه . وما قيل في المحيط وفي الكافي وشبهة في الفعل راجع إلى شبهة الدليل ، وهي شبهة في المحل ، ولهذا قيل سمي شبهة الملك .

---

(١) الثانية – هامش .

فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه وأمته وزوجته ، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدة ، وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدة ، وأم الولد أعتقها مولاها ، وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد ، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ،

(فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه) أي وكذا جارية جدته وإن علي (وأمه) أي وجارية أمه ، وكذا جارية جدته وإن زوجته ، أي جاريته (وزوجته والمطلقة ثلاثا) أي وجارية مطلقة ثلاثاً (وهي في العدة) أي والحال أنها في العدة .

فان قيل ما وجه الإشتباه في المطلقة ثلاثاً ، حتى لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي . أجيب بأن وجهه بقاء بعض الأحكام بعض المطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب ، حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين .

فان قيل بين الناس اختلاف فيمن طلق امرأته ثلاثاً ، هل يقع أو لا ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في إسقاط الحد . أجيب أنه خلاف غير معتدة ، حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه . قلت من مذهب الزيدة من الروافض أن إرسال الثلاث جملة لايوجب الحرمة الغليظة ، والفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف مستعمل في قول بني على دليل ، والخلاف فيما لا دليل عليه .

(وبائناً) أي والمطلقة طلاقاً بائناً (بالطلاق على مال ، وهي في العدة) أي والحال أنها في العدة . وإنما قيل بالطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه . وإن قال علمت أنها علي حرام على ما يجيء (وأم الولد[1] إذا أعتقهامولاها وهي في العدة) لأن أثر الفراش ، وهو العدة باق لمولاها ، فكان الوطء في موضع الأشباه ، كما في المطلقة ثلاثاً (وجارية المولى في حق العبد) وشبهة العبد في جارية مولاه انبساط العبد في مال مولاه (والجارية المرهونة) فجاز أن يظن حل الإنبساط فيها بالوطء ، والجارية الموطوءة (في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود) والبيوع ، يعني إذا قال

---

(١) وأم الولد أعتقها – هامش .

ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ، ولو قال علمت أنها علي حرام وجب الحد . والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه ، والمطلقة طلاقا بائناً بالكنايات ، والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم ، والممهورة في حق الزوج قبل القبض ، والمشتركة بينه وبين غيره ، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ، ففي هذه المواضع لا يجب الحد .

المرتهن ظننت أنها تحل لي لا يحد ، وهو الأصح ، لأن عقد الرهن يثبت ملك اليد حقاً للمرتهن ، وبه يثبت شبهة الإشتباه كما في العدة في خلع ، وبه قال الشافعي في قول ، وفي قول لا يسقط الحد ، وبه قال أحمد « رض » ، والعبرة للرهن فيهذا بمنزلةالمرتهن (ففيهذه المواضع) وهي ثمانية مواضع المذكورة (لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي) لوجود الشبهة في الفعل .

(ولو قال علمت أنها علي حرام يجب أن يحد) لانتفاء الشبهة (والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه) لقيام مقتضى الملك ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك ، وفي الولوالجي وكذا لو وطئها الجد وإن علا من قبل الأب ، لأن اسم الأب يطلق عليه (والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم) لأن التي كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد ، فصارت شبهة في المحل (والممهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام تلك اليد (والمشتركة) أي الجارية المشتركة (بينه وبين غيره) لقيام الملك في النصف (والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن) يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي ، لا يحد في رواية كتاب الرهن ، سواء ادعى ظن الحل أو لا ، كما في الجارية المشتركة ، وهكذا ذكر أيضاً في شرح الجامع والذخيرة ، وذكر في الإيضاح في المرهونة إذا قال ظننت أنها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن من لا يحد . وذكر في الحدود أنه يحد ولا يعتبر ظنه (ففي هذه المواضع) وهي ستة مواضع (لا يجب الحد) .

وإن قال علمت أنها علي حرام . ثم الشبهة عند أبي حنيفة « رح » تثبت بالعقد . وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . إذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحل من كل وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية

(وإن قال علمت أنها علي حرام) كلمة إن واصلة بما قبله ، والحاصل أن شبهة المحل هو أن يكون الحل قائماً في الحقيقة ، إلا أن الحل يخلف عنه ، وشبهة الفعل هي أن لا يكون دليل الحل قائماً ، ولكنه يظنه ضلالاً ثمار كنه الحلال في شيء لا دلالة على الحل .

(ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد) هذه شبهة أخرى غير الشبهتين المذكورتين وهي شبهة العقد ، فإنها تثبت بالعقد مطلقاً ، وهي معنى قوله (وإن كان متفقاً على تحريمه) يعني سواء كان العقد حلالاً أو حراماً متفقاً عليه أو مختلفاً فيه ، سواء كان الواطىء عالماً بالحرمة أو جاهلاً بها ، وهو معنى قوله (وهو عالم به) أي والحال أنه عالم بالتحريم (وعند الباقين) أي وعند العلماء الباقين (لا يثبت) أي لا تثبت الشبهة بالعقد (إذا علم بتحريمه) أي بتحريم العقد (ويظهر ذلك في النكاح [1] المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى) وذلك عند قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يحد عند أبي حنيفة « رض » .

(إذا عرفنا هذا) أي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة نذكر ما يتعلق بها من المسائل ، فنقول (ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال ملك المحل من كل وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية) لأن الملك أصلاً وشبهة

---

(١) في نكاح المحارم — هامش .

وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل ، وعلى ذلك الإجماع . ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه خلاف الإختلاف . ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد ، لأن الظن في موضعه ، لأن أثر الملك قائم في حق النسب

الإنتفاء أيضاً منتفية ، لأن الواطىء يقول علمت بأنها علي حرام . وأما إذا قال ظننت أنها تحل لي لا حد عليه ، ولا على قاذفه نص عليه الحاكم في الكافي . وإنما قال لزوال الحل من كل وجه يدل عليه القرآن ، وهو معنى قوله (وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل) وهو قوله ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة (وعلى ذلك الإجماع) أي وعلى انتفاء الحل انعقد الإجماع ، فلا يعتبر قول المخالف فيه ، هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال اختلف الناس في وقوع الثلاث جملة ، فعند الزيدية من الروافض يقع واحدة ، وعند الإمامية منهم لا يقع شيء ، ويدعون أنه قول علي رضي الله عنه ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل ، فقال في جوابه :

(ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه غير معتبر ، لأنه خلاف الإختلاف) وقد ذكرنا الكلام فيه عن قريب . وقال الإمام حميد الدين الضرير رحمه الله في شرحه الفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً ، والمقصود واحد.والخلاف أن يكون كلامها مختلفاً . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير الاختلاف من آثار الرحمة . والاختلاف من آثار البدعة ، وأراد به الفرق المذكور . قال الأترازى وكذا إرادة صاحب الهداية ولي فيه نظر ، لأنه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا .

ويقال اختلف القوم اختلافاً وخالفوا بخلافه وخلافاً إذا لم يوافق بعضهم بعضاً ، انتهى . قلت نظر موجهة من جهة عدم دلالة اللغة عليها على ما قالوا ، ولكنه لم يوصف الكلام حقه . فأقول الخلاف من باب المفاعلة وأصله للمشاركة بين آيتين أو أكثر ، والاختلاف من باب الافتعال ، وأصله للاتحاد ، والكسر يجيء بمعنى التفاعل نحو اختصموا.

(ولو قال ظننت أنها تحل لي ، لا يحد ، لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب) أي ثابت في حق ثبوت .... النسب ولدت باعتبار العلوق السابق على الطلاق

والحبس والنفقة ، فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها ، والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع ، وقيام بعض الآثار في العدة . ولو قال لها أنت خلية أو برية ، أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه ، فمن مذهب عمر رضي الله عنه أنها تطليقة رجعية .

لا النسب في هذا الوطء ، فإنه لا يثبت (والحبس) أي المنع من الخروج (والنفقة) أي وجوب النفقة ، وهذا وكله دليل لكون الظن في موضعه (واعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد) بالرفع على الابتداء (إذا أعتقها مولاها) يعني يجزء عتقها (والمختلعة) بالرفع أيضاً عطف على أم الولد .

(والمطلقة على مال) عطف أيضاً على ما قبله ، وقوله (بمنزلة المطلقة الثلاث) خبر المبتدأ ، وما عطف عليه توضيح معناه أنه إذا وطىء كل واحدة منهن في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام حد (لثبوت الحرمة بالإجماع) لزوال الحل من كل وجه (وقيام بعض الآثار في العدة) أي بعض آثار الملك مثل وجوب النفقة ومنعها من الخروج ، وإن قال ظننت أنها تحل لي في هذه الصورة لا يحد للشبهة ، لأن قيام أثر الملك من العدة ونحوها أورث شبهة .

(ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك ، فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة فيه) أي في حكم هذا الفصل والصحابة الذين روي عنهم في هذا الباب على الإختلاف عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وزيد ابن ثابت وجابر بن عبد الله وعبد الله بن عمر وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعثمان رضي الله عنهم .

أما المروي عن عمر رضي الله عنه فأشار اليه بقوله (فمن مذهب عمر أنها مطلقة رجعية) وأخرجه عبد الرزاق « رح » في مصنفه فهو واحدة ، وإن اختارت زوجها

فلا شيء [1] ورواه أيضاً عن النسفي من العني قال قال عمرو ابن مسعود إن اختارت زوجها فلا بأس ، وإن اختارت نفسها فهي واحدة ، وله عليها الرجعة .

وأما المروي عن زيد بن ثابت فأخرجه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا سفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن القاسم بن محمد عن زيد بن ثابت أنه قال في رجل جعل امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثاً ، قال هي واحدة .

وأما المروي عن جابر « رض » فرواه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله بن عمر « رض » فرواه الشافعي في مسنده أخبرنا مالك عن ابن عوانة قال في الخلية والبرية والبتة إن كل واحد منها ثلاث تطليقات ، ورواه مالك في الموطأ .

وأما المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فرواه الدارقطني في سننه عن عطاء ابن السائب عن الحسن عن علي قال في الخلية والبرية والبائن والحرام الثلاث لا يحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وأما المروي عن ابن عباس فرواه عبد الرزاق أخبرنا الشميس عن أبيه عن الحسن بن مسلم عمر سمع ابن عباس « رض » يقول في الرجل يقول لامرأته أنت برية إنها واحدة .

وأما المروي عن عثمان بن عفان « رض » فرواه ابن أبي شيبة عنه وعن ابن عباس وابن عمر إذا ملك الرجل امرأته أمرها بيدها فالقضاء ما قضت ، إلا أن يتكرر الرجل، فيقول لم أرد إلا واحدة ، ويحلف على ذلك فيكون الملك بها ما كانت في عدتها، وأخرجه عبد الرزاق أيضاً نحوه .

(وكذا الجواب في سائر الكنايات) قال الحاكم الشهيد وفي الكافي وإن أبانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت أنها علي حرام فلا حد عليه . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، فإن طلقها طلقة بائنة ثم وطئها في العدة لا حد عليه ،

(١) فلا بأس – هامش .

وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الإختلاف مع ذلك ، ولا حد على من وطيء جارية ولده وولد ولده . وإن قال علمت أنها علي حرام ، لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل

سواء ادعى الشبهة أو لم يدع فيها الشبهة شبهان ، شبهة حكم ، وشبهة اشتباه ، فها هنا شبهة حكم ، لأن الصحابة اختلفوا فيه ، قال بعضهم الكنايات كلها بوائن . وقال بعضهم رجعية وجعلها بعضهم ثلاثاً فأورث اختلاف الصحابة شبهة في المحل ، لأن في الواحدة للرجعية يبقى الحل ، فينبغي على هذا أن يثبت النسب بالدعوى على ما أشار اليه الصدر الشهيد بقوله ولا يثبت إذا لم يدع ، وذلك لأن الفعل لم يقع وفاء لبقاء الحل باعتبار الشبهة في المحل .

ولكن قال فخر الإسلام الإشهاد البزدوي في شرحه للجامع الصغير ، ولا يثبت نسب الولد في ذلك كله ، لأنه زنا ، وإنما يسقط الحد بالشبهة لأنه عقوبة ، ولا يثبت النسب بالزنا بحال . وقال الأترازي كأنه جعل هذه الشبهة شبهة الإشتباه ، وليس ذلك بصحيح عندي ، لأن الرواية منصوصة في الجامع الصغير . وفي الكافي للحاكم أنه لا يجب عليه الحد . وإن قال علمت أنها علي حرام . فلو كان الأمر كما قال فخر الإسلام « رح » لوجب الحد ، لزوال الاشتباه بقوله علمت أنها علي حرام ، فلما لم يجب علم أنه من قبيل شبهة المحل . وفي شبهة المحل لا يقع الفعل زنا ، فيثبت بالدعوة .

(وكذا إذا نوى ثلاثاً) أي وكذا الحكم إذا نوى ثلاثاً من الفاظ الكنايات ثم وطئها في العدة ، يعني لا يحد ، وإن قال علمت أنها علي حرام (لقيام الإختلاف) أي اختلاف الصحابة (مع ذلك) أي مع نية الثلاث ، لأن اختلاف الثلاثة لا يرتفع بنية الثلاث ، فكانت الشبهة قائمة ، فلا يجب الحد.

(ولا حد على من وطيء جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام، لأن الشبهة حكمية ، لأنها نشأت عن دليل) وسواء ادعى الأب الشبهة أو لم يدع . وأما الجد إذا وطيء جارية ولد ولده لا يجب الحد ولا يثبت النسب أيضاً إذا كان الأب حياً ، لأنه

وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك ، والأبوة قائمة في حق الجد، ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية ، وقد ذكرناه . وإذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ، ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد إذا وطىء جارية مولاه ،

محجوب بالأب وسقوط الحد لغو منه الولاد ، وذكر البزدوي إذا وطىء جارية حافدة والأب في الحياة لا يجب الحد (وهو قوله عليه الصلاة والسلام) أي الدليل هو قول النبي ﷺ (أنت ومالك لأبيك) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة وعن عمر بن الخطاب أخرج حديثه البزار في مسنده عن سعيد بن المسيب عنه . وعن جابر أخرج حديثه الطبراني في الصغير والبيهقي في دلائل النبوة مطولاً عن محمد بن المنذر عنه ، وفيه أنت ومالك لأبيك .

وعن سمرة بن جندب أخرج حديثه البزار في مسنده والطبراني في معجمه عن الحسن عنه نحوه . وعن ابن مسعود أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن علقمة بن قيس عنه نحوه . وعن ابن عمر « رض » أخرج حديثه أبو يعلى في مسنده عن أبي إسحاق عنه نحوه ، وعن عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها ابن حبان في صحيحه عن عطاء عنها نحوه .

(والأبوة قائمة في حق الجد) يشير بذلك إلى أن حكم الجد مثل حكم الأب في عدم وجوب الحد ، وان كان الأب حياً ، ولكن لا يثبت النسب وقد ذكرناه الآن (ويثبت النسب منه) أي من الأب (وعليه قيمة الجارية) لأنه يملكها عند ثبوت النسب ، ولا عقد عليه ، لأنه لما ملكها يجمع سقط العقر ، لأنه ضمان الجزاء (وقد ذكرناه) أي في باب نكاح الرقيق.

(وإذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ، ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد [1]) أي وكذا حكم

---

(١) إذا وطىء جارية مولاه – هامش .

لان بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع ، فظنه في الاستمتاع محتمل ، فكانت شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا حقيقة ، فلا يحد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي ، والفحل لم يدع في الظاهر ، لان الفعل واحد

العبد بالتفصيل المذكور (لأن بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع) لأن الإبن يتناول مال أبويه وينتفع به الأكل والصرف ، وكذا الزوج في مال الزوجة ، وكذا العبد في مال مولاه ، فلما جرى الإنبساط بينهم اشتبه الوطء ، فإذا ادعى الإشتباه سقط الحد للشبهة ، لكن لا يثبت النسب ، لأن الفعل زنى في الواقع . وإذا قال علمت أنها علي حرام حد لزوال الإشتباه ، ولا يحد قاذف الإبن والزوج والعبد بعد الحرية . لأن الفعل وقع زنا إلا أن الحد أسقط الشبهة . وقاذف الزاني لا يحد . وقال في الأجناس قال في أمالي الحسن قال أبو حنيفة « رح » إذا زنى بجارية امرأته وقال ظننت أنها لى حلال عليه العقر ، ولا حد عليه . ولا يثبت نسب الولد إن جاءت به صدقته المرأة أو لم تصدقه . ولو قال علمت أنها علي حرام لا عقر عليه ، وعليه الحد ، ولا يثبت النسب .

(وظنه في الاستمتاع محتمل) أي وظن الواطىء الإنبساط فى الانتفاع كلا واستعمالاً في حل الاستمتاع بالجارية فيه (فكان) أي ظنه هذا (شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا في حقيقته ، ولا يحد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي) معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه أي والحال (والفحل لم يدع في الظاهر) متصل بقوله وكذا ، أي لا حد على العبد في ظاهر الرواية (لأن الفعل واحد) أي لأن فعلهما واحد ، فإذا سقط عنها سقط عنه الحد . وروي عن أبي حنيفة « رح » أن الجارية إن ادعت الحل ولم يدع الفحل حد ، لأن المرأة تابعة فى فعل الزنا ، فالشبهة المتمكنة فى جانب التابع لا تعتبر فى جانب الأصل ، بخلاف ما إذا ادعى الرجل الظن ، لأنه أصل فى الفعل ، فيتورث شبهة فى التابع . وقلنا لما كان الفعل واحداً ووردت الشبهة فى أحد الجانبين يكتفي لإسقاط الحد على الآخر .

وإن وطيء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد ، لأنـــه لا انبساط في الحال فيما بينهما ، وكذا سائر المحــارم سوى الولاد لما بينا . ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء أنها زوجتك فوطئهـــا لا حد عليه ، وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعــدة ، ولأنه اعتمد دليلاً وهو الاخبار في موضع الإشتباه إذ

فإن قيل يشكل بما إذا زنى بشكل البالغ بصبيته ، حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية ، مع أن الفعل واحد . قلنا سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الأهلية لعقوبته ، لا باعتبار الشبهة فى الفعل ، وفيما نحن فيه باعتبار الفعل ، فيؤثر فى الجــانب الآخر لا محــالة .

(وإن وطيء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد ، لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما) فلا يعتبر دعوى الظن (وكذا سائر المحارم) أي وكذا الحــكم ، وهو الحد(سوى الولاد) أي سوى قرابة فيما به الولاد ، كالخال والخـــالة وغيرها هذا المعنى (لما بينا) أي قوله لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما ، بخلاف ما لو سرق من بيت هؤلاء حيث لا يقطع ، لأن الحرز لم يتحقق في حق لدخوله في بيت هؤلاء فلا استئذان ، وحيث هو القطع دائر مع هتك الحرز .

(ومن زفت اليه غير امرأتة ، وقال النساء أنها زوجتك فوطئها لا حد عليه ، وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه) هذا غريب جداً . قوله زفت على صبية من المجهول أي بعث من باب نصر ينصر . قوله وقال النساء بتـــذكير الفعل ، لأن تأنيث الجمع ليس بحقيقي ، قال الله تعالى ﴿ إذا جاءك المؤمنـات ﴾ ١٢ الممتحنــة ، وفي بعض النسخ وقلن النساء . قال الأترازي لا يجوز إلا على ضعيف . قلت حكى سيبويه « رح » ذلك فمن غير قيد نصف ، كقولهم أكـلوني البراغيث (وبالعدة) أي وقضى وجوب العدة .

(ولأنه) أي ولأن المزفوف (اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الإشتبــاه ، إذ

الإنسان لا يميز بين امرأتـــه وبـــين غيرها في أول الوهلة ، فصار كالمغرور ، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف « رح » ، لأن الملك منعدم حقيقة . ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد ، لأنه لا اشتباه بعـــد طول الصحبة، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل .

الإنسان لا يميز بين امرأتـــه وبين غيرها في أول الوهلة) بفتح الواو وسكون الهاء يقال لقيته أول وهلة ، أي أول كل شيء يعني لا يميز في أول الوهلة إلا بالإخبار ، وخبر الواحد مقبول في أمور الدين والمعاملات ، ولهذا إذا جاءت الجـارية وقالت بعثني اليـك مولاي هدية يحل وطئها اعتماداً عليهـا ، ذكره الأترازي . وأما وجوب المهر فلأن البضع لا يخلو عليها من أحد الوجهين إبانة لخطر المحل . أما الحد وأما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر . وقال الأترازي وهو مؤيد بقضاء علي رضي الله عنه روى أصحابنا في كتبهم أنه قضى كذلك ، ويثبت نسب الولد إن جاءت به وليست كالتي فجرمحويها [(١)] وقال حبستها أمر أني حيث لا يثبت نسب ولدها ويجب عليه الحد ، وبه صرح الحاكم في الكافي (فصار كالمغرور) أي صار الذي زفت اليه غير امرأته فوطئهـا كالمغرور ، وهو الذي زف أي امرأة معتمداً على مالك يمين أو نكاح ثم استحق فلا يجب عليه الحد للاشتبـــاه ، فكذا الذي زفت اليه غير امرأته لهذا المعنى .

(ولا يحد قاذفه) أي لا يحد قاذف الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها في ظـــاهر الرواية (إلا في رواية عن أبي يوسف) حيث قال إنه يحد (لأن الملك منعدم حقيقـة) هذا دليل ظاهر الرواية ، أراد به أن لا ملك له فيه ، إلا في الأخسية يسقط إحسانـــه لوقوع الفعل زنا فلا يحد قاذفه .

(ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مسند إلى دليل) وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد « رح » لا حد عليه ،

---

(١) هكذا الجملة بهذا اللفظ في الأصل ، اه مصححه .

وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها ، وكذا إذا كان أعمى ، لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره ، إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها ، لأن الإخبار دليل .ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة « رح » ، لكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك .
وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » والشافعي « رح » عليه الحد إذا كان عالماً بذلك ،

أي ظن أنها امرأته قياساً على ليلة الزفاف وعلى من شرب شراباً على ظن أنه ليس بخمر فإنه لا يحد (وهذا) إشارة إلى قوله لأنه اشتباه (لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها) فلا يكون مجرد النوم دليل على أن النائمة هي زوجته .

(وكذا إذا كان أعمى) أي إذا وجد الأعمى في بيته أو فراش زوجته امرأة فوطئها على ظن أنها امرأته يجب عليه الحد (لأنه يمكنه التمييز بالسؤال) أي يمكنه تمييز امرأته بالسؤال عنها (وغيره) أي وغير السؤال من العلامات (إلا إذا دعا فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها) أي فيما معها لا يجب الحد (لأن الإخبار دليل)فاستندالیه.

(ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) مثل نكاح المحارم ، والمطلقة الثلاث ، ومنكوحة الغير ، ومعتدة الغير ، ونكاح الحاملة ، وأخت المرأة في عدتها ، والمجوسية ، والأمة على الحرة ، ونكاح العبد والأمة بلا إذن المولى ، والنكاح بغير شهود (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة « رح »)في جميع ذلك . وإن قال علمت أنها علي حرام (ولكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك) يعني يضرب طريق التقرير ضرباً مؤلماً عقوبة عليه لا بطريق الحد .

(وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد إذا كان عالماً بذلك)وإلافلا، ولكن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قال فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد بالنكاح

لأنــه عقـد لم يصادف محله ، فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور ، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه ، وحكمه الحل ، وهي من المحرمات ولأبي حنيفة « رح » أن العقد صادف محله ، لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده . والأنثى من بنـــات بني آدم قابلة للتوالد ، وهو المقصود ، فكان ينبغي أن ينعقد في

بغير شهود (لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو ، كما إذا أضيف إلى الذكور ، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (وحكمــه الحل ، وهي من المحرمات) على التأبيد ، فلا يكون محلا للحل ، فـلا ينعقـد أصلا كالبيع الوارد على الميتة والدم ، وفي المغني لابن قدامة الحنبلي ، فأما الأنكحة المجمع على ما يطلق بها النكاح الخامسة والعقدة والزوجة للغير ومطلقة ثلاثاً وذوات محـارم من نسب أو رضاع لا يمنع وجوب الحد ، كما روي عن عمر أنه قال حين رفع اليه امرأة تزوجت في عدة قضاءله بغيره علمنا فقالا لا ، فقال عمر رضي الله عنه لو علمت لرجمتكما .

وفي وطء محارمه بالعقد وبغيره روايتان في رواية يجب الحد لعموم الآية . والثانيـة يقبل بكل حال لما روي عن البراء قال لقيت عمي وفي يده الراية ، فقلت إلى أين تريد ، قال بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقــه وآخذ ماله . قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى ابن ماجة بإسناده أنه عليه الصلاة والسلام قال من وقع على ذات محرم فاقتلوه ، انتهى كلامه . قال العلامة هذا حديث شاذ مخـالف لظاهر الكتاب والأحاديث المشهورة ، فيؤول ذلك في حق من يستحله أو أمر بذلـــك بسياسة وتعزير الحـد .

(ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله) لأن الوطء حصل عقيب النكاح المصادف إلى محل قابل لمقاصد النكاح ، والنكاح بصيغة زوجت وتزوجت وما يجري ذلك المجرى من الألفاظ ، فصادف محله (لأن محل التصرف ما يقبـل مقصوده) أي مقصود المتصرف ، وهو المطلوب من النكـــاح ، وهو قضاء الشهوة والولد والسكنى (والأنثى من بني آدم قابلة للتوالد ، وهو المقصود) ولا شك أن المحل هذه الصفة (فكان ينبغي أن ينعقد في

حق جميع الأحكام ، إلا أنــه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل، فيورث الشبهة ، لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدور فيعزر . ومن وطىء أجنبية فيمـــا دون الفرج يعزر ، لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر

حق جميع الأحكام) وأن يثبت العقد حقيقة الحل ، لكن لم يثبتها إلا قضاء المنصوص، بخلاف ذلك ، وهو معنى قوله :

(إلا أنه) أي إلا أن هذا العقد (تقاعد عن إفادة حقيقة الحل،فيورث الشبهة) أي شبهة الحل (لأن الشبهة مايشبه الثابت لانفس الثابت)فإن قلنا من أين يرث شبهة المحل ، وقد ثبت الحرية بالنص من كل وجه ، فانتفى الحل من كل وجه . قلت سلمنا أن الحل ينتفي من كل وجه ، فنحن لا ندعي المحل من وجه حتى يرد السؤال ، بل ندعي شبهـة الحل لصورة العقد ، وهي حاصلة . وقد علل المصنف ذلك بقوله لأن الشبهة إلى آخره .

فإن قلت لو كانت الشبهة ثابتة لوجبت العدة ، وثبت النسب. قلت منع بعض أصحابنا عدم وجوب العدة وعدم ثبوت النسب . وعلى تقدير التسليم نقول مبنى وجوب العـــدة وثبوت النسب على وجود الحل من وجه أو من كل وجه ، وهنا لم يوجـد الحل أصلاً ، ويعني بالحل أن يكون الفاعل على حالة الإيلام عليها . وها هنا إيلام الواطىء ويعـذر عقوبـة عليه .

(إلا أنه ارتكب جريمة) استثناء من قوله فيورث الشبهة أي يورث العقد الشبهة ، فلا يجب الحد إلا إن ارتكب جريمة ، أي ذنباً (وليس فيه) أي في هذه الجريمة (حد مقدور) فإذا لم يكن حد مقدر (فيعزر) عقوبة عليه .

(ومن وطىء أجنبية) أي امرأة أجنبية (فيما دون الفرج) كالتبطين والتفخيـــذ ونحوهما ، وليس المراد منه الإتيان في الدبر ، لأن بيانه يجيء عقيب هذا (يعزر) قالوا أشد التعزير (لأنه) أي لأن الوطء فيما دون الفرج (منكر) لأنه شيء قبيح (ليس فيه شيء مقدر) في الشرع وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي رواية يقتل .

من أتى امرأة في الوضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة « رح » ، ويعزر . وقال في الجامع الصغير ويودع في السجن .

(ومن أتى امرأة في الموضع المكروه) أي في الدبر (أو عمل عمل قوم لوط) أي أو أتى في دبر الذكر (فلا حد عليه عند أبي حنيفة « رح » ويعزر) هذا لفظ القدوري (وقال) أي محمد « رض » (في الجامع الصغير ويودع في الحبس [1]) وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الدبر يعمل عمل قوم لوط قال لا يبلغ حد الزنا ، لكنه يحبس ويعزر . وذكر علاء الدين في طريقة الخلاف يعزر ويحبس إلى أن يتوب أو يموت . وفي روضة الزندوسي الخلاف في الغلام ، أما لو أتى امرأة في الموضع المكروه يحد بلا خلاف . ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف ، وكذا في الفتاوى الظهيرية . وفي الكافي في الأصح أن العبد يحد ، وفي الأمة والمنكوحة عدم الحد الكل على الخلاف ، نص عليه في الزيادات . وقد انعقد الاجماع على تحريم إتيان المرأة في الدبر ، وإن كان فيه خلاف قديم فقد انقطع . وكل من روي عنه إباحته فقد روي عنه إنكاره .

فأما القائلون بتحريمه من الصحابة رضي الله عنهم فعلي بن أبي طالب وابن عباس وأبو هريرة وأبو الدرداء وابن مسعود . ولم يختلف منه أحد من الصحابة إلا ابن عمر ، ومن التابعين إلا نافع . فأما ابن عمر رضي الله عنهما فروى النسائي في سننه والطبري من طريق مالك قال أشهد على ربيعة يحدثني عن سعيد بن يسار أنه سأل ابن عمر عن ذلك فقال لا بأس به ، وقد صح عنه أنه أنكر ذلك فيما روى النسائي من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار قال ، قلت لابن عمر إنا نشتري الجواري فيمحض لهن ، قال وما التمحيض ، قال إتيانهن في أدبارهن ، فقال ابن عمر أويفعل هذا مسلم .

وروى النسائي أيضاً من رواية كعب بن علقمة عن ابن السرانة أخبره قال لنا في مولى

---

(١) في السجن – هامش .

وقالا هو كالزنا فيحـــد ، وهو أحد قولي الشافعي « رح » . وقال في قول يقتلان بكل حال ، لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ، ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه في معنى الزنا ، لأنه قضاء

ابن عمر قد أكثروا عليك القول ، إنك تقول عن ابن عمر أنـــه أفتى عمن يؤتي النساء في أدبارهن ، فقال نافع لقد كذبوا علي . وقال ابن حزم في المحلى وما روينا إباحة ذلك عن أحد إلا عن ابن عمر « رض » باختلاف عنه . وعن نافع باختلاف عنـــه ، وعن مالـــك باختلاف عنه ، وروى الثعلبي في تفسيره عن رواية عطاف بن موسى « رض » عن عبدالله ابن الحسن عن أبيه أنه حكي عن مالك إباحة ذلك ، وأنكره أصحابه .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد « رض » (هو) أي اللواطة (كالزنا فيحـــد) فإن كان محصناً يرجم ، وإلا فيجـــلد (وهو أحد قولي الشافعي « رح » ، وقال في قول يقتلان بكل حال) يعني سواء كان محصناً أو غير محصن ، وله فيه وجوه ، يقتلان بالسيف وفي وجه يرجمان بكراً كان أو ثيباً ، وبه قال مالك وأحمد « رح » تغليظـاً . وفي وجه يهدم عليه جدار . وفي وجه يرمى من شاهق حتى يموت . وفي شرح الوجيز وأصح القولين يجلد إن كان من بكر ، ويعزر إن كان محصناً يرجم [1] (لقوله عليـــه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (اقتلوا الفاعل والمفعول) هذا رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهـــما قال ، قال رسول الله ﷺ وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول (ويروى فارجموا الأعلى والأسفـــل) روى هذا ابن ماجة من حديث أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ الذي يعمل عمل قوم لوط فارجموا الأعلى والأسفل.

(ولهما) أي ولأبي يوسف ومحمد (أنه) أن فعل اللواطة ، وفي بعض النسخ ولهما أنها اي الإتيان في الموضع المكروه من المرأة وعمل قوم لوط (في معنى الزنا ، لأنـــه قضاء

---

(١) هكذا سياق الكلام في الأصل . اهـ مصححه .

الشهوة في محل مشتهى على سبيـل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء . وله أنه ليس زنا لاختلاف الصحابة « رض » في موجبه من الإحراق بالنار ،

الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال) وقال الكاكي قوله في معنى الزنا ، أي في المعنى الذي تعلق به الحد من كل وجه ، حتى أن من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما. قوله –لأنه– أي لأن إتيان الدبر قضاء الشهوة في محل مشتهى ،إذ المحل إنما يصير مشتهى باللين والحرارة ، وذلك لا يخلو من القبل والدبر ، بل الإشتهاء والرغبة في الدبر أبلغ ، لأنه لا يتوهم حدوث الولد ، بخلاف القبل . وقال الأترازي وقيد الكمال احترازاً عن الشبهـــة ، لأن فرجها ينفر عنه الطباع السليمة ، فلم تكن تشتهى على سبيل الكمال (على وجه) يتعلق بقوله لأنه قضى الشهوة .. إلى آخره (تمحض حراماً) عن قوله (على وجه القصد سفح المـاء [1]) قال الأكمل هو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة ، لا بالقياس ، لأن القيـاس لا يدخل فيما يدور بالشبهات . وقال تاج الشريعة رحمه الله معنى سفح الماء هنا أبلغ ، لأن المحل لا يصلح للنسل والحرث ، فيكون أشد تضييعاً للماء ، لأنه بذر وبذر الحب في محل لا ينبت يكون أشد تضييعاً .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه) أي الإتيان في الدبر (ليس بزنا لاختـــلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه) أي موجب الإتيان في الدبر (من الإحراق بالنار) روى الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم فقال حدثني يحيى بن عبد الله بن أبي فروة عن عبد الله بن أبي بكر بن حزام قاله كتب خالد بن الوليـــد إلى أبي بكر الصديق أخبرني أني أتيت برجل قامت عندي البينة أنه يوطأ في دبره كما توطأ المرأة ، فدعى أبو بكر « رض » أصحاب النبي ﷺ واستشارهم فيه ، فقال له عمر رضي الله عنـه أحرقـه بالنار ، فإن العرب يأنف أنفاً لا يأنفه أحد غيرهم . وقال غيرهما اجـــلدوه ، فكتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد أن احرقه بالنار ، فحرقه خالد .

---

(١) تمحض حراماً لقصد – هامش .

وهدم الجـــدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ، ولا هو في معنى الزنا ، لانه ليس فيه إضاعة الولد واشتبـــاه الانساب ، وكذا هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي في أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين

(وهدم الجدار عليها) وقال الأترازي اختلف الصحابة في حده فقـال بعضهم يهدم عليها الجدر . قلت ولم أجد من أخرج هذا عن أحد من الصحابة « رض » (والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار) يعني ينكسان من أعلى المواضع ، ثم يتبعان بالحجارة . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا غسان بن مضر [1] عن سعيد بن زيد عن أبي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطي ، قال ينظر أعلى بناء في القرية ويرمى منـه منكساً ، ثم يتبع بالحجارة (وغير ذلك) أي وغير ما ذكر من الأشيـــاء المذكورة ، وهو قوله بعضهم يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا .

(ولا هو) أي الإتيان في الدبر (في معنى الزنا ، لأنه ليس فيه إضاعة الولد) بيانه أن الوطء في القبل سبب لحصول الولد ظاهراً غالباً ، ثم إذا حصل الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني ولا الزوج ، لعدم الوثوق بكون الولد منه والأم عاجزة عن الإنفـــاق عليه ، فيضيع الولد ، وليس هذا في الإتيان في الدبر (واشتبـــاه الأنساب) أي وليس فيه أيضاً اشتبـــاه الأنساب ، لأن اشتباه الأنساب مبني على الدعوى ، وهــذا المعنى مقصود في اللواطة .

(وكذا هو أندر وقوعاً) أي كذا فعل اللواطـــة ، وقد روي وقوعاً (لانعـــدام الـــداعي من أحد الجانبـــين) وهو جـــانب المفعول (والـــداعي إلى الزنا من الجانبـــين) وجانب الفاعل وجانب المفعول ، فلم يكن اللواطة في معنى الزنا ، فلا يثبت حكمه فيها قياساً .

---

(١) هكذا الإسم في الأصل .

وما رواه محمول على السياسة أو على المستحيل ، إلا أنــه يعزر عنده لما بينـــاه . ومن وطيء بهيمة فلا حد عليـــه ، لانه ليس في معنى الزنا في كونه جنـــاية ، وفي وجود الداعي ، لان الطبع السليم ينفر عنه . والحـــامل عليه نهاية السفـــه وإفراط الشبق ، ولهذا لا يجب ستره ،

(وما رواه) أي الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفـــاعل والمفعول (محمول على السياسة ، أو على المستحيل ، إلا أنه يعزر عنده) أي عند أبي حنيفة يعزر اللواطي ، وإن كان لا يحد ، وهذا استثنــــاء من قوله ليس بزنا ، ولا هو في معنى الزنا (لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر (ومن وطيء بهيمة فلا حد عليه) وبه قال زفر ومالك وعثمان رضي الله عنهم عن النبي ﷺ ، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما مثله ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد « رح » في رواية ، وفي قول الشافعي « رح » يحد كالزنا ، وبه قال في رواية . وفي قول يقتل رجمـاً ، بكراً كان أو ثيبـاً ، كما روي عن عكرمة عن ابن عباس قال ، قال رسول الله ﷺ من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة .

(لأنه) أي لأن وطء البهيمة (ليس في معنى الزنا في كونه جناية) لأنه ناقص (وفي وجود الداعي) أي ولا في وجود الداعي (لأن الطبع السلم ينفر عنــه) أي عن وطء البهيمة (والحامل عليه) أي على وطء البهيمة (نهاية السفه) لأن العاقل لا يفعل هــذا المبنى وساعه (أو فرط السبق [1]) بفتح السين المهملة ، والباء الموحدة وهو شـدة الغلمة (ولهذا) أي ولأجل نفرة الطبع السليم (لا يجب ستره) أي ستر فرج البهيمـة ، وإنما أضمر عليـــه وإن لم يسبق ذكره ذكر البهيمـــة ملزمة ، كذا قاله الاكمـــل . قلت دعوى الاستـــلزام غير موجه ، نعم يفهم ذلـــك عن ذكر البهيمـــة ، ولو كان الطبع داعياً عليه لوجب، ستر ذلك الموضع ، كما في القبل والدبر ، والإيـلاج فيـــه كالإيلاج في الكوز ، ولهـــذا لا يجب الغسل ، ولا ينقض الطهـــارة بنفس الإيـلاج بـــدون

---

(١) الشبق – هامش .

إلا أنه يعزر لما بيناه . والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق ، فذلك لقطع التحدث به ، وليس بواجب

الإنزال ، فلا يكون في معنى الزنا (إلا أنه يعزر لما بينا) يعني قوله ارتكب جريمة ، وليس فيها حد .

(والذي يروى) أي والحديث الذي يروى (أنه تذبح البهيمة وتحرق) بهذا اللفظ غريب ، نعم روى الأربعة من حديث عكرمة عن ابن عباس قال ، قال رسول الله ﷺ من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها (فذلك لقطع التحدث به) أراد به أن الأم تقبله ، وقتل البهيمة لأجل قطع حدب الناس بعداً ، لأن الناس إذا ردوا البهيمة ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها ، فلا يتقرب به فلان ويتضرر ويقعون أيضاً في الغيبة ، فلأجل ذلك تقتل البهيمة ، فكيف لتحدث الناس على أنا نقول أن الحديث شاذ ضعيف ، ضعفه البخاري ويحيى بن معين وأبو داود مع أن بارد بن [1] روى عن ابن عباس أنه قال لا حد من أتى بهيمة .

وكذلك روى الثقات عن ابن عباس وإن ثبت قوله في حق المستحل لتأويل قوله عليه السلام من أتى امرأته الحائض أو امرأته في غير ما أتاها ، فقد كفر بما أنزل على محمد . وقيل إنما قال ذلك في فاعل اعتاد بذلك قتل سياسة عندنا ، ألا ترى أنه أمر بالقتل المطلق ، ولم يفرق بين المحض وغيره ، ولو كان بمنزلة النساء يفرق بينه وبين المحض وغيره .

(وليس بواجب) أي الآخر وليس بواجب . وقال شمس الأئمة السرخسي الإحراق جائز وليس بواجب ، فإن كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح ، ويؤكل لا يحرق بالنار على قول أبي يوسف . وقال أبو يوسف يحرق بالنار ويضمن الفاعل القيمة إن كانت لغناه ، ولأنها قتلت لأجله كيلا يعتبر . وقال الطحاوي وإن أتى بهيمة وجب التعزير ، ولا يحد الحد . وإن كانت البهيمة ذبحت ولا تؤكل ، قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي

---

(١) هكذا في الأصل ، وهنا نقص واضح ، اه مصححه .

ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج الينا فلا يقام عليه الحد ، وعند الشافعي « رح » يحد ،لانه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه . ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب ، ولان المقصود هو الإنزجار

ليس هذا من أصحابنا في كتبهم ، فأما محمد « رح » روى عن عمر أنه لم يحد واطىء البهيمة ، وأمر بالبهيمة حتى أحرقت بالنار . وقال بعض أصحاب الشافعي تقتل ولا تحرق ، ويضمن الفاعل إن كانت بغيره . وقال بعض أصحابه لا تقتل ، وفرق بعض أصحابنا فقال إن كانت مما يؤكل لا يذبح ، وإن كانت مما لا يؤكل يذبح . وفي أكلها وجهان ، أحدهما لا يحد ويضمن بغيره .

(ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ، ثم خرج الينا ، فلا يقام عليه الحد) يعني إذا خرج وأقر عند القاضي (وعند الشافعي « رح » يحد) وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » (لأنه التزم بإسلامه أحكامه) أي أحكام الإسلام (أينما كان مقامه) بضم الميمين ، أي ثبت موضع إقامته الضمير يرجع إلى من في ومن زنى .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا يقام الحدود في دار الحرب) هذا الحديث غريب ، وأخرج البيهقي عن الشافعي « رح » قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا يقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو ، والمراسيل عندنا حجة كالمسند . وقال الكاكي في شرح الصاعدي روى محمد « رح » في السير الكبير عن النبي ﷺ أنه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حداً ثم هرب وخرج الينا فإنه لا يقام عليه الحد ، ثم قال وجه التمسك بحديث الكتاب أنه عليه السلام حقق عدم الإقامة لانقطاع ولاية الإمام عنها ، فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحد . فإن قيل الحديث يعارض بقوله تعالى ﴿ فاجلدوا ﴾. قلنا خص منه مواضع الشبهة بالإجماع ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد .

(ولأن المقصود) أي من إقامة الحد (هو الإنزجار) وذا لا يحصل بنفس الوجوب ،

وولاية الإمام منقطعة فيهما، فيعري الوجوب عن الفائدة، ولا يقام بعدما خرج، لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة، ولو عزى من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره، لانه تحت يده، بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الإقامة. وإذا دخل الحربي في دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة «رح»، ولا يحد الحربي والحربية، وهو قول محمد «رح» في الذمي يعني إذا زنى

بل الاستيفاء. ولا يمكن استيفاؤه ثمة لعدم ولاية الامام، فامتنع الوجوب لعدم فائدته، وهو الاستيفاء، أشار اليه المصنف بقوله (وولاية الامام منقطعة فيهما) أي في دار الحرب ودار البغي كذلك (فيعرى الوجوب عن الفائدة) وهو الاستيفاء (ولا يقام بعدما خرج لأنها لم تنعقد موجبة) أي لأن هذه الفعلة أو الزنية لم تنعقد حال كونها موجبة للحد (فلا تنقلب موجبة) بعد الخروج الينا، فلا يحد.

(ولوعزى من له ولايه الاقامة) أي إقامة الحدود (بنفسه) أي باختصاصه بذلك (كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره، لأنه تحت يده) أي لأن من زنى في معسكر من له الولاية يختاره (بخلاف أمير العسكر) لأنه لم يفرض له ولاية إقامة الحدود (والسرية) أي بخلاف أمير السرية وهم الذين يسرون بالليل ويخفون بالنهار، ومنه خبر السرايا أربعمائة (لأنه لم يفوض اليهما الاقامة) أي لم يفرض إلى أمير العسكر وأمير السرية إقامة الحدود.

(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يحد الحربي والحوبية) وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد رحمة الله عليهما في حد الزنا والذمية. وقال مالك رحمه الله لايحدان ولايحد الحربي والحربية. وقال الشافعي رحمه الله (وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني إذا زنى

بحربية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد ، وهو قول أبي حنيفة « رح » قول أبي يوسف أولاً [1] . وقال أبو يوسف « رح » يحدون كلهم ، وهو قوله الآخر لابي يوسف « رح » أن المستأمن التزم أحكامنا مدة عمره في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف و يقتل قصاصاً ، بخلاف حد الشرب ، لانـــه يعتقد إباحة. ولهما أنه ما دخل دارنا

بحربية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمة الله ، وهو قول أبي يوسف أولاً . وقال أبو يوسف) آخراً (يحدون كلهم) وبه قال الشافعي وزفر (وهوقوله الآخر لأبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة إقامته [2] في دارنا في المعاملات ، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ، ولهذا) أي ولأجل التزامه أحكامنا مدة إقامته (يحد حد القذف) إذا قذف مسلماً (ويقتل قصاصاً) إذا قتل ويمنع من الزبوا [3] وشر العهد للسلم والمصحف، ويجبر على بيعها بعد الشراء كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب جواب عما يقـــال لو كان كذلك لا يقيم عليه حد الشرب ، لأنه من أحكامنا ، أجاب بقوله :

(بخلاف حد الشرب) يعني حد الشرب ليس كذلك (لأنه يعتقد إباحته) فإن قلت فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه ، فينبغي أن لا يقتص منه ، ولا يحد لقذفـــه . قلت المعنى باعتقاد الاباحة وهو أن يكون قتل النفس والقذف حرام عنـدهم في دينهم ، فأما حقهم ذلك ليس بدين ، وإنما هوهوى وتعصب [4] .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أنه) أي المستـــأمن (ما دخل دارنا

---

(١) هكذا في الأصل ، وهو غير الموجود في الشرح . اهـ مصححه .

(٢) مقامه ـــ هامش .

(٣) هكذا الكلمة في الأصل .

(٤) هكذا سياق الجملة في الأصل .

للقرار بل لحاجته كالتجارة ونحوها ، فلم يصر من أهل دارنا ، ولهذا تمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به ، فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده ، وهو حقوق العباد ، لانه لما طمع في الإنصاف يلتزم الإنصاف والقصاص ، وحد القذف من حقوقهم . أما حد الزنا حق الشرع ،

ولمحمد « رح »

للقرار ، بل لحاجته كالتجارة ونحوها) مثل زيارة أقربائه أو لأجل الطيب لأجل هومنه ، فإذا كان كذلك (فلم يصر من أهل ديارنا ، ولهذا) أي ولأجل عدم كونه من أهل دارنا (تمكن) أي الحربي المستأمن (من الرجوع إلى دار الحرب) إذا عزم على الخروج من دار الاسلام على الدخول في دار الحرب (ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) أي بسببه إذا قتل مسلم أو ذمي ، والذمي إذا قتله مسلم يقتص به عندنا ، فعلم أن الحربي لم يكن كالذمي (فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده ، وهو حقوق العباد ، لأنه) أي لأن الحربي المستأمن (لما طمع في الانصاف) المسلمين ، أي طمع في العدل لأجله على غيره (يلتزم الانصاف) أي قبل العدل لغيره عليه ، يقال انتصف الرجل إنصافاً إذا أعطي[1] الحق ، وتناصف القوم إذا تعاطوا الحق بينهم (والقصاص وحد القذف من حقوقهم) أي من حقوق العباد .

(وأما حد الزنا محض حق الشرع) فلم يلتزمه فلا يلزمه ، ولما فرغ عن الجواب عن قول أبي يوسف من جهة أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » شرع في بيان إثبات ما لكل منهما فيما ذهب اليه فقال (ولمحمد) يعني في الفرق من المسلم أو الذمي إذا زنى بحربية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل ، وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بحربي حيث لا يجب عنده عليهما .

---

(١) في الأصل - أعطيف - وربما الصحيح ما ذكرناه ، اهـ مصححه .

وهو الفرق أن الاصل في باب الزنا فعل الرجل ، والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، فامتنـاع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع، أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الإمتناع في حق الاصل ، نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون . ولابي حنيفة « رح » فيه إن فعل الحربي المستأمن زنا ، لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا ، والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها ،

بيانه ما قال بقوله (وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل، والمرأة تابعة له) لكونها محلاً (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أي في مسألة زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة (فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع) لأن الحد إنما يجب عليهما بالتمكين من فعل موجب للحد فيما مكنت من فعل موجب للحد ، فلا تحد .

(أما الإمتناع في حق التبع لا يوجب الإمتناع في حق الأصل) وإلا ما كان مستتبعاً فكان أصلاً ، والفرض أنه تبع ، وذلك خلاف باطل (نظيره) أي نظير هذا (إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فإنه يحد البالغ دونها ، لأن الإمتناع في حق التبع لايستلزمه في حق الأصل (وتمكين البالغة) أي ونظيره أيضاً تمكين البالغة نفسها (من الصبي والمجنون) فإنه لا يجب الحد عليها ، لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع .

(ولأبي حنيفة « رح » فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات) كحرمات الكفر والزنا وإن لم يكن مخاطباً ، فإذا ما يحتمل السقوط من العبادات (على ما هو الصحيح) احترز به عن قول بعض مشايخنا العراقيين ، فإنهم قالوا بوجوب الأداء (وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول مشايخ ديارنا ، أي ديار المصنف (والتمكين) أي تمكين المرأة نفسها منه (من فعل هو زنا موجب للحد عليها)

بخلاف الصبي والمجنون ، لأنهما لا يخاطبان ، ونظير هذا الإختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده، وعند محمد «رح» لا تحد. قال وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته، فلا حد عليه ولا عليها. وقال زفر «رح» والشافعي «رح» يجب الحد عليها ، وهو رواية عن أبي يوسف «رح» . وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة، وهذا بالإجماع .

لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٢ النور ، فيجب الحد عليها لوجوب المقتضى وانتفاء المانع .

(بخلاف الصبي والمجنون ، لأنهما لا يخاطبان) هذا جواب عن شبهة محمد «رح» على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع . ووجه ذلك أن هذا ليس بنظير ما نحن فيه ، لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان ، فلا يكون فعلهما ، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا ، فلا يوجب الحد والحربي مخاطب بفعل الزنا ، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد .

(ونظير هذا) أي نظير هذا (الإختلاف) الواقع بين أبي حنيفة ومحمد «رح» (إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد (وعند محمد «رح» لا تحد) .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته) أي طاوعت الصبي أو المجنون (فلا حد عليه ولا عليها . وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها) أي على المرأة المطاوعة (وهو) أي قول زفر والشافعي «رح» (رواية عن أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد «رح» لأنها زانية حقيقة .

(وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة، وهذا بالإجماع) إنما قيد بقوله يجامع مثلها ، لأنها إذا لم يكن يجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد ،

ولهما أن العــــذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبــــه ، فكذا العذر من جانبه وهذا لأن كلاً منهما مؤاخذ بفعله . ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه ، وإنما هي محل الفعل ، ولهـــذا يسمى هو واطئاً وزانياً ، والمرأة موطوءة ومر بيانها

لأنه كإتيان البهيمة ، لأن الطباع السليمة لا ترغب في مثلهـا ، ألا ترى إلى ما قال صاحب الأجناس في كتاب الصوم . ولو وطىء الرجل جارية لها خمس سنين وأفضاها ولا يحتمل الوطء للسرها لا كفارة عليه ، ولا يفطر إذا لم يترك ، وهو كإيلاج البهيمة ، ونقل أيضاً صاحب الأجناس عن نوادر ابن رستم . قال أبو حنيفة إذا جامع ابنة امرأته وهي صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها وأفسد بها لا يحرم عليه ابنها ، لأن هذه ممن لا تجـــامع . وقال أبو يوسف أكره له البنت والأم . وقال محمد النـــتزة أحب إلي ، ولكن لا أفـــرق بينه وبين أمها .

(لهما) أي لزفر والشافعي (أن العذر من جانبها) كما في صورة الإجماع بأن كانت مجنونة أو صبية أو نائمة أو مكرهة (لا توجب سقوط الحـد من جانبـه) أي من جانب الرجل بالاتفاق (فكذا العذر من جانبه) بأن كان صبياً أو مجنوناً ، والجـامع كون كل واحد منهما مؤاخذ لفعله ، وهو معنى قوله (وهذا لأن كل [1] واحد منهما) أي من الرجل والمرأة أو من الذكر والأنثى (مؤاخذ بفعله) أي لا بفعل صاحبه .

(ولنا أن فعـــل الزنا يتحقق منــــه) أي من الرجل لوجوده منــه حقيقـــة (وإنمـا هي)أي المرأة (محل الفعـــل) أي فعـــل الزنا (ولهـــذا) توضيح لكون الفعل حقيقــــة من الرجل ، أي ولأجل ذلك (يسمى هو واطئاً وزانيـــاً) على صورة اسم الفـــاعل (والمرأة) شر ، ويسمى المرأة . وأوجب على الزانيـــة الحـــد . وتقرير الجواب أن الله تعــالى منهـــما المرأة سمـــاها (موطوءة ومر بيانهـــا ،

---

(١) وهذا لأن كل منهما - هامش .

إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين ، فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا ، وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ، ومؤثم على مباشرته . وفعل الصبي ليس بهذه الصفة ، فلا يناط به الحد .

إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية) في قوله تعالى ﴿ في عيشة راضية ﴾ ٢١ الحاقة ، باسم المرضية ، وهذا أحد التأويلين والتأويل الآخر بمعنى ذات رضى ، وكما في قوله تعالى [١] بمعنى فرق .

(أو لكونها) عطف على قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل ، أي ولكون المرأة (مسببة) أي صاحبة سبب (بالتمكين) أي بسبب التمكين (فيتعلق الحد) مبتدأ (في حقها) في حق المرأة (بالتمكين) أي سبب التمكين (من قبيح الزنا) خبر المبتدأ ، والإضافة فيه مثل الإضافة في حرف تصنيفه (وهو) أي الزنا (فعل من هو مخاطب بالكف عنه) أي عن الزنا (ومؤثم) بكسر الثاء المثلثة من التأثيم أي الزنا (على مباشرته) أي بفعله (وفعل الصبي ليس بهذه الصفة) لأن الصبي ليس مخاطب بالكف عن الزنا ، وليس بمؤثم أيضاً إذا باشر وطء الأجنبية ، لأن القلم مرفوع عنه ، وكذا فعل المحمور ، فإذا كان كذلك (فلا يناط به) فلا يتعلق به (الحد) .

إن قيل لما لم يجب الحد على الصبي والمجنون بالزنا بمطاوعته ينبغي أن يجب عليهما العقر ، لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحد الأمرين ، إما العقر ، وإما الحد ، والعقر هو مهر المثل . ولهذا لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر ، وها هنا لم يجب ذكره في الذخيرة ، فما الفرق . قلنا لا فائدة في إيجاب المهر عليه ، لأن لو اجبنا عليه كان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك ، لأنها لما طاوعت صارت امرأة لها بالزنا معها ، وقد لحقه بذلك عزم ، وصح الأمر من المرأة ، لأن لها ولاية على نفسها ، فلا يفيد

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

قال ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه ، وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً يحد ، وهو قول زفر « رح » ، لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية ، ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لأن سببه الملجىء قائم ظاهراً ؛ والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير قصد ، لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً ، كما في النائم فأورث شبهة . وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يحد ،

الإيجاب ، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية ، فإن المكرهة ليست بامرأة ، والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها ، فكانت بمنزلة المكرهة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه ، وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً يحد ، وهو قول زفر) وبه قال الشافعي «رح» في قول وأحمد (لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية) أي علانيتها ، وعلانية الإختيار أيضاً فافترق بالإكراه ما ينافيه ، فانتفى الاكراه ، يقال طاع يطوع طوعاً وطواعية مثل أطاع يطيع إطاعة ، إلا أنهم يقولون طاع له ، ولا يقولون طاعته كما يقولون إطاعة ، وفلان طوع يدك أي منقاد لك (ثم رجع عنه ، وقال لا حد عليه ، لأن سببه الملجىء قائم ظاهراً ، والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير قصد) أي انتشار الآلة (لأن الانتشار قد يكون طبعاً) أي من حيث طبع الرجل (لا طوعاً) أي من حيث الطوع (كما في النائم) فإن النائم قد تنتشر آلته لفرط فحولته وإن لم يكن قصده واختار (فأورث شبهة) فاندرأ الحد ، وبه قال زفر والشافعي «رح» في قول ، ولكنه يعزر وهو قولهما .

(وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) وبه قال زفر والشافعي « رح » في قول وأحمد (وقالا) أي وقال أبو يوسف ومحمد « رح » (لا يحد) وغير السلطان مثل

لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر خوف الهلاك ، وأنه يتحقق من غيره . وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين وتمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له ، فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان، لأنه يمكنه الإستعانة

السلطان عندهما ، يعني لا يحد سواء أكرهه السلطان أو غيره (لأن الإكراه عندهما قد تحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر) أي في الحكم (خوف الهلاك ، فيتحقق من غيره) أي من غير السلطان ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

(وله أنه إكراه من غيره) أي ولأبي حنيفة « رح » أن الإكراه من غير السلطان (لا يدوم إلا نادراً لتمكنه) أي لتمكن المكره (من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين وتمكنه دفعه) وتمكنه بالجر عطفاً على قوله لتمكنه بقوله ، وقوله دفعه بالنصب مفعول المصدر ، أي دفع غير السلطان . وحاصله أن المكره يتمكن من دفع الإكراه إذا وقع من غير السلطان بالسلطان أو لجماعة المسلمين أو بنفسه باستعمال السلاح . قلت فيه نظر فإنه لا يتمكن بشيء من ذلك في هذا الزمان . أما السلطان فإنه لا يصل اليه كل واحد ، لا سيما إذا كان المكره بالمكره بكسر من غلمة السلطان . وأما جماعة المسلمين فإنهم ليس لهم غيرة الإسلام في هذا الزمان كما ينبغي . وأما دفع المكره الإكراه (بنفسه بالسلاح) أو بغيره ، فيبعد حداً ، ولا سيما إذا كان الإكراه من ولاة الشرطة أو من العمال الكمال الظلمة الخونة .

ولأجل هذا ذكر في الكافي أن هذا الإختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، فالسلطان كان في زمنه قوة وغلبة بحنث لا يتجاسر أحداً على إكراه غيره ، وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب ، فيتحقق الاكراه من غير السلطان فما فتىء كل منهما بما عاين ، وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب لا يفق بقولها .

(والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان ، لأنه لا يمكنه الاستعانة

بغـــيره ، ولا الخروج بالسلاح عليـــه فافترقا . ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة، وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك ، لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق ، وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة ،وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع .

بغيره) أي بغير السلطـــان (ولا الخروج) أي ولا يمكنـــه الخروج (بالسلاح عليه فافترقا) .

قال محمد في الجامع الصغير (ومن أقر أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة ، وقالت هي تزوجني أو أقرت) أي المرأة (بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه) ولا عليها ، كذا في الكافي . وفي بعض النسخ عليهما كذا ضبطـه الأترازي ، وفي نسخة شيخنا علاء الدين السرابي رحمة الله تعالى عليه وكتب في الحاشية ولا عليهـا ، وإنما قيد بقوله أربع مرات في مجالس مختلفة ، لأنه إذا أقر أربـع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة (وعليه المهر في ذلك) لأنه لما سقط الحـــد وجب المهر بأنه لخطر المحل ، لكن هذا فيما إذا كان دعوى النكاح قبـــل أن يحد المقر ، فإذا كانت الدعوى بعد الحد فلا مهر لها ، لأن الحد لا ينقض بعد الاقامة .

فان قلت كيف يجب المهر إذا أقرت بالزنا وادعى الرجل النكاح وهي ماقرارطالبته نافية المهر [١] قلت نعم إن الأمر كذلك ، لكن الحد سقط عنها بشبهة ثابتـــة شبهة من دعوى النكاح ، فبعد سقوط الحد لم يلتفت إلى إقراره بالزنا فوجب العقر ، وهو مهر المثل إبانة لخطر المحل .

(لأن دعوى النكاح يحتمـل الصدق ، وهو يقوم بالطرفـين) أي النكاح يقوم بطرفي الرجل والمرأة (فأورث شبهة) أي قولها تزوجني أو قوله تزوجتها أورث شبهة في سقوط الحد عن المدعي (فاذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع) وهو المحل ، لأن المهر

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل. اه مصححه .

ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة معناه فقتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه . وعن أبي يوسف « رح » لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة ، فصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها ، وهو على هذا الإختلاف

يجب حقاً لله تعالى في النكاح ، ولهذا يجب في المفوضة ، وهنا لما سقط الحد عنها يثبت في حقها بشبهة النكاح فلا ينفى المهر بانتفائها كما في حقيقة النكاح .

(ومن زنى بجارية فقتلها ، فانه يحد ويجب عليه القيمة) إنما وضع المسألة في الجارية ، وإن كان الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت لأن المرة والابة [1] فانه لو فعل هذا مع الحرة يجب الحد والدية ، لما أن الشبهة في عدم وجوب الحد إنما يرد في حق الأمة ، لأن في حق الحرة لا تصير ملكاً للزاني عند أداء الدية ، والأمة تصير ملكاً كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل والحد (معناه) أي معنى قول محمد « رح » (فقتلها بفعل الزنا) إنما هو قول محمد « رح » ، لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير ، قال الأترازي « رح » ولم يذكر فيه الخلاف ، ولكن ذكر أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة . وفي قول أبي يوسف له حد عليه ، ولو كانت حرة فعليها الحد بالاتفاق ، وكذا ذكر الخلاف في المنظومة بين أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا قول فيه لمحمد (لأنه جنى جنايتين) وهما الزنا والقتل (فيوفر على كل واحدة منهما) أي من الجانبين (حكمها) أي حكم الجاريه ، يعني تؤاخذ بموجب كل واحدة منهما فيحد للزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس ، ولا منافاة بينهما فيجتمعان ، فلا يكون ضمان القيمة مانعاً عن وجوب الحد ، لأنه ضمان الدم .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة) فلا يملكها قبيل إقامة الحد سقط الحد (فصار) أي حكم هذا (كما إذا اشتراها) أي الأمة (بعدما زنى بها) قبيل إقامة الحد (وهو على هذا الخلاف) أي شراء الجارية بعد الزنا قبل

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل .

واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه ، كما إذا ملك المسروق قبل القطع . ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم . ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت ، والملك يثبت مستنداً ، فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة ، وهذا

إقامة الحد على هذا الخلاف عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ، وكأنه رد المختلف إلى المختلف ، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية ، بخلاف ما نحن فيه .

(واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه) أي سقوط الحد (كما إذا ملك المسروق قبل القطع) أي كما إذا ملك المسروق منه قبل قطع يد السارق سقط القطع.

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه ضمان قتل) أي أن هذا الضمان ضمان قتل ، ولهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين (فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم) والدم مما لا يمكنه ويمكن أي يقرر هكذا ، لأنه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والملك والميت ليس بمحل للملك (ولو كان يوجبه) أي ولو كان ضمان القتل يوجب الملك (فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت) تقريره لو كان هذا الضمان يوجب الملك لا يوجب في العين التي هي موجودة لا في منافع البضع التي هي أعراض استوفيت ، فانعدمت وتلاشت .

(والملك يثبت مستنداً) إلا أن الملك الثابت في بيان العدوان يثبت بطريق الاستناد، والاستناد يظهر في القائم لا في الغائب ، وهو معنى قوله (فلا يظهر في المستوفى) بفتح الفاء (لكونها) قال الأترازي والضمير راجع إلى المستوفى على تأويل منفعة البضع ، أي لا يظهر الملك في منافع المستوفاة ، لأنها انعدمت ، والأوجه أن يكون أربع (معدومة) فاذن لم يثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة ، فلم يسقط الحد (وهذا) أي هذا

بخلاف ما إذا زنى بهافأذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد ، لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء ، وهي عين ، فأورثت شبهة .

قال وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص ، فإنه يؤخذ به وبالاموال ، لان الحدود حق الله تعالى ، وإقامته اليه لا إلى غيره ، ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لانه لا يفيد ، بخلاف حقوق العباد، لانه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه

الذي قلنا (بخلاف ما إذا زنى بها) أي بالجارية (فأذهب عينها) حيث (يجب عليه قيمتها) أي قيمة العين ، وهو نصف قيمة الجارية (ويسقط الحد ، لأن الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين) لا عوض ، فجاز أن يثبت الملك فيهابطريق الاسناد (فأورث شبهة) في سقوط الحد ، وفي صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجارية أصلاً ، لأن ذلك الضمان ضمان دم ، ولم يثبت في المنافع أيضاً ، لأنها معدومة يسقط الحد لفقدان الشبهة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وكل شيء صنعه الامام) فان قذف إنساناً أو زنى أو شرب الخمر ، والمراد من الامام الخليفة ، قاله أبو الليث ، وفسره بقوله (الذي ليس فوقه إمام) ولا شك أن الخليفة ليس فوقه إمام (فلا حد عليه إلاالقصاص، فانه يؤخذ به) أي ويؤخذ أيضاً (وبالأموال ، لأن الحدود حق الله ، **وإقامته**) **أي** إقامة الحدود (اليه) أي إلى الامام (ولا إلى غيره) أي ليس غير الامام إقامةالحدود.

(ولايمكنه)أي ولايمكن الامام(أن يقيم)أن يقيم حق الله تعالى (على نفسه ، لأنه لايفيد) الوجوب الموجوب فائدته ، لأنه لا يقع مؤلماً ، فلا يقع زاجراً ، والمقصود من الزاجر الحد ، فلا بد أن يكون الزاجر غير المزجور ، ولا يقدر القاضي أن يقضي عليه ، لأنه هو الذي ولاه القضاء يسقط حق الله تعالى في الدنيا .

(بخلاف حقوق العباد ، لأنه يستوفيه) أي يستوفي الحق (ولي الحق) أي صاحب الحق ، واختار لفظ الولي ليتناول الوصي والوكيل (أما بتمكينه) أي بتمكين الامام

أوبالاستعـــانة يمنعه المسلمين والقصاص والاموال منها . وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعـالى .

إياه في أخذ حقه (أو بالاستعانة يمنعه المسلمين) أي بقوتهم ، يقال فلان في عز ومنعـــة يمنعـــه ، أي تمنع على من قصده من الأعداء (والقصاص والأموال منها) أي من حقوق العباد ، فالامام وغيره فيها سواء ، لأنه يمكن استيفاء القصاص والمال يمنعه المسلمين ، كذا قالوا وفيه تأمل .

(وأما حد القذف قالوا) أي قال علماؤنا (المغلب فيه حق الشرع) على ما يجيء في بابه إن شاء الله تعالى (فحكمه) أي فحكم حد القذف (كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى) يعني لا يؤاخذ به الامام وتقابل أن يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف ، كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد ، لأنه حق العبد . والجواب أن قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة ، فيستعمل بكل منهما بحسب ما يليق بـه ، وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لامكان الانتفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى ، لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه والله أعلم .



باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة . وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، وضمن السرقة. والأصل أن الحدود الخالصة حقاً

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

أي هذا باب في بيان أحكام الشهادة على الزنا ، وسيأتي حكم الرجوع عن الشهادة قد مر أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير ، وهما الإقرار والشهادة ، وأخر الشهادة ها هنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندر ، حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة إذ رؤيته أربع رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحل ، كما في الكلاب في غير غاية القدرة .

(قال) أي القدوري (وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة) هذا لفظ القدوري في مختصره ، ثم ذكر المصنف لفظ الجامع الصغير بقوله (وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، ويضمن السرقة) لاشتماله على زيادة إيضاح على تعديد ما يوجب الحد صريحاً من السرقة وشرب الخمر والزنا ، وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ وقدر ستة أشهر في التقادم وزيادة إثبات الضمان في السرقة .

(والأصل) يحل في هذا الباب (أن الحدود الخالصة حقاً) أي خلوصاً حقاً كائناً

لله تعالى تبطل بالتقادم ، خلافاً للشافعي « رح » وهو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين . ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين من أداء الشهادة والستر ، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته ،

(لله تعالى) السرقة وحد الزنا وحد شرب الخمر (تبطل بالتقادم، خلافاً للشافعي)حيث يقول لا تبطل الشهادة والاقرار بالتقادم ، وبه قال مالك وأحمد « رح » . وعن أحمدمثل قولنا . وقال ابن أبي ليلى الشهادة والاقرار لا يقبلان بعد التقادم . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف الاقرار لا يبطل بالتقادم إلا الاقرار بشرب الخمر ، فإنه يبطل بالتقادم . وقال زفر التقادم يمنع الاقرار بالحدود اعتباراً لحجة الاقرار بحجة البينة .

(وهو) أي الشافعي (يعتبرها) أي يعتبر الشهادة (بحقوق العباد) حيث لا يمنع التقادم في حقوق العباد (وبالاقرار) أي ويعتبرها بالاقرار (الذي هو أحد الحجتين) وهما البينة والاقرار .

(ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين) تثنية حسبة ، بكسر الحاء وسكون السين المهملتين . قال في المجمل الحسبة احتسابك الأجر عند الله تعالى . وقال الكاكي بين حسبتين، أي أجرين مطلوبين ، يقال أحسب بكذا أجراً ، والاسم الحسبة ، والجمع الحسب ، إذ الشهادة والستر . قال الأترازي كلاهما بالجر على أنهما بدلان من حسبتين . قلت الرفع فيهما أحسن على أن كل واحد منهما خبر لمبتدأ محذوف تقديره أحدهما (من أداء الشهادة) والآخر (والستر) أما الشهادة فلقوله تعالى ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ ٢ الطلاق، وأما الستر فلما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة ، ثم أن الشاهد إذا لم يشهد في أول الأمر يحمل أمره على الصلاح ، بأن يقول إنه اختار الستر المندوب ولا الحد ، ثم بعد ذلك :

(فالتأخير) أي تأخير الشهادة (إن كان لاختيار الستر فالاقدام) أي إقدامه (على الأداء بعد ذلك لضغينة) بالمعجمتين ، وهو الحقد (هيجته) أي بعينه من هيجت

أو لعداوة حركته ، فيتهم فيها ، وإن كان التأخير فيهما لا للستر يصير فاسقاً آثماً ، فيتيقن بالمانع ، بخلاف الإقرار ، لأن الإنسان لا يعادي نفسه ، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار ، فيكون التقادم فيه مانعاً ، وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه شرط،فيحتمل تأخيرهم على انعدام الدعوى ، فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف حد السرقة ،

ما هيجت الناقة فانبعث (أو لعداوة حركته فيتهم فيها) أي في الشهادة ، فلم يقبل (وإن كان التأخير فيها) أي في الشهادة (لا للستر) أي لأجل الستر عليه (يصير فاسقاً آثماً) لأن تأخير الحد ، فإذا كان كذلك (فيتيقن بالمانع) من القبولة ، فلا تقبل ، ألا ترى لو طلب المدعي الشهادة في حقوق العباد فأخر الشاهد بلا عذر ثم ادعى لا يقبل لترك الأداء مع الإمكان .

(بخلاف الاقرار) حيث لا يبطل بالتقادم (لأن الانسان لا يعادي نفسه) فتنعدم التهمة (فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالصة حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار ، فيكون التقادم فيه مانعاً ، وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا) أي ولأجل كونه حد القذف فيه حق العبد (لا يصح الرجوع بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه) أي في حق العبد (شرط فيحتمل تأخيرهم) أي تأخير الشهود والشهادة (على انعدام الدعوى ، فلا يوجب) أي بأجرتها وتم نفسهم ، أى تأخير شراؤهم (تفسيقهم) لعدم الموجب .

(بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ، ومع ذلك تمنع التقادم ، فيعلم أن القبول بعد التقادم في حقوق العباد لم يكن إلا بشرط

لأن الدعوى ليست بشرط للحد ، لأنه حق خالص حق الله تعالى على ما مر ، وإنما شرطت للمال ، ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله، فلا يعتبر وجود التهمــة في كل فرد، ولأن السرقة تقام على الاستسراء على غرة عن المالك،فيجب على الشاهد إعلامه ، وبالكتمان يصير فاسقاً آثماً ثم التقـــادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع

الدعوى ، فأجاب أولاً بالمنع بقوله (لأن الدعوى فيه) أى في حد السرقة (ليست بشرط للحد) أى لاقامة الحد (لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر) من قوله فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى .

(وإنما شرطت) أى الدعوى وتذكير الفعل على تأويل الادعاء (للمـــال) أى لأجل المال ، فلما لم تكن الدعوى شرطاً للحد كان تأخير الشهادة مانعاً بقومها ، لأنـــه وقع بلا عذر (ولأن الحكم) جواب آخر (يدار على كون الحد حقاً لله تعـالى) تقديره أن معنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى ثمة هو الصفة والعداوة ، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه ، فيدار مدار الحكم على كون الحد حقاً لله تعالى ، سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا ، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده (فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد) من أفراد الحد . حاصله صورة التقادم قائمة مقام التهمة ، سواء وجدت التهمة أو لا ، كما في السفر ، وقد ذكرناه .

(ولأن السرقة) جواب آخر ، وتقديره أن السرقة (تقام على الاستسراء) لأنهـــا توجد في ظلم الليالي غالباً (وعلى غرة) أي غفلة (عن المالك) فلا يكون المسروق منه عارفاً بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد إعلامه) بشهادته (وبالكتمان يصير فاسقاً آثماً) فرد شهادته ، بخلاف حد القذف ، فإن القذف يكون في النهار الشهادة غالباً ، فيعرف المقذوف الشاهد ويراه ، فإذا لم يعلمه لا يصير فاسقاً .

(ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء) أى في ابتداء الأمر بـــلا خلاف (يمنع

الإقامة بعد القضاء عندنا ، خلافاً لزفر « رح » حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود ، واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوي « رح » . وأبو حنيفة « رح » لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر . وعن محمد « رح » أنه قدره بشهر ، لأن ما دونه

الاقامة) أي إقامة الحد (بعد القضاء عندنا ، خلافاً لزفر) فقيده لا يمنع وأوضح ذلك بقوله (حتى لو هرب) أي الزاني (بعدما ضرب بعض الحد ، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ، لأن الامضاء) أي الاستيفاء (من القضاء في باب الحدود) كان الامضاء تتمة للقضاء ، ولهذا كان تفويضاً إلى الامام ، وهذا لأن القضاء إما أن يكون الاعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء ، وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى فيكون المعتبر في حقوق الله تعالى النيابية بحقيقة الاستيفاء ، فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء كالتقادم قبل القضاء .

(واختلفوا) أي العلماء (في حد التقادم ، وأشار) أي محمد (في الجامع الصغير إلى ستة أشهر . فانه قال بعد حين) والحين ستة أشهر . وقال فخر الاسلام لم يرد به الأمر اللازم (وهكذا أشار الطحاوي) أي إلى ستة أشهر ،لأن اسم الحين عند الاطلاق ينصرف إلى ستة أشهر ، كما في مسألة لا أكلمه حيناً .

(وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) أي في حد التقادم لم يقدر شيئاً . لأن نصب التقادير بالرأي متعذر ، لأن العقل لا اهتداء له في ذلك (وفوضه) أي فوض أبو حنيفة « رح » حد التقادم (إلى رأي القاضي في كل عصر) لما أن التقادم يختلف بالأحوال والأعصار ، فيفوض إلى رأي القاضي كل عصر .

(وعن محمد « رح » أنه قدره) أي التقادم (بشهر ، لأن ما دونه) أي ما دون

عاجل ، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» وهو الأصح ، وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم إلا أن المـــانع بعدهم عن الإمام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد «رح» ، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى ، وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد ،

الشهر (عاجل) قال الأترازى « رح » أنه أدنى العجال شرعاً ، بدليـــل أن من حلف ليقضي حق فلان عاجلا يقع عليه ذلك ما دون الشهر . وقال الكاكي وما وجدت هذه الرواية في كتب أصحابنا المشهورة (وهو) أن تقدير التقادم بشهر (رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الأصح) أى تقدير التقادم بشهر هو الأصح . ونقل الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف جهدنا على أبي حنيفة « رح » أن يوقت في ذلك شيئاً فأبى ، وقد ذكر في المجرد . وقال أبو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها ، فقـالوا ستة أقل من ستة أشهر أقيم الحد ، وإن قالوا شهراً أو أكثر . وروي عنه الحـــد ، قال أبو العباس الناطفي وقد قدره على هذه الرواية بشهر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد «رح» .

(وهذا) أى هذا الذى قلنا من تقدير التقادم بشهر (إذا لم يكن بينهم) أى بـــين الشهود (وبين القاضي مسيرة شهر ، أما إذا كان) أى بينهم وبـــين القـاضي مسافة شهر (تقبل شهادتهم ، لأن المانع بعدهم عن الامام، فلا تتحقق التهمـــة) لأنهم معذورون (والتقادم في حد الشرب كذلك) أى حد التقادم في حد الشرب كذلك بشهر (عند محمد « رح » ، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى) أى في باب حد الشرب .

(وإن [1] شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة ، فإنه يحـــد) وبه قالت

---

(١) وإذا – هامش .

وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع ، والفرق أن بالغيبة ينعدم بالدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

الأئمة الثلاثة على قول أبي حنيفه « رح » أولاً لا يحد ، وهو القياس ، كذا ذكره أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ، لأنه إذا حضرت ربما جاءت الشبهة دارئة للحد ، والحدود تندرىء بالشبهات ، وعلى قول الآخر ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » يحد الرجل ، والآن يأتي الكلام .

(وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق) أى من المسألتين (أن بالغيبة) أى بغيبة المرأة التي قالوا إن فلاناً زنى بفلانة (تنعدم الدعوى وهي) أي الدعوى (شرط في السرقة دون الزنا) يعني لاشتراط الدعوى في الزنا ، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً بالاقرار بالزنا لغائبة (وبالحضور) أى وبحضور المرأة الغائبة (يتوهم دعوى الشبهة) بأن قالت تزوجني ، أو كانت أمته ، ولا يعتبر الموهوم جواب سؤال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يحد الرجل ، لأنها لو حضرت ربما يدعي النكاح ، فيصير شبهة ، فأجاب بقوله :

(ولا يعتبر بالموهوم) لأنه يحتمل أن يدعي ، ويحتمل أن لا يدعي ، فعلى تقدير الدعوى تصير شبهة ، وإذا كانت غائبة كان المكاتب الثابت عند غيبتها وجود شبهة الشبهة ، وهو المعنى الموهوم ، والمعتبر الشبهة دون شبهة الشبهة ، لئلا يسد باب إقامة الحد .

فإن قيل إذا كان بين الشريكين وأحدهما غائب لا يستوفي القصاص لإجمال العفو عن الغائب : الجواب أنه إذا حضر ، ففي سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو ، فإذا كان غائباً يكون احتمال العفو شبهة ، فاعتبرت الشبهة فيما نحن فيه إذا حضرت المرأة وادعت النكاح كان شبهة ، فإذا غابت واحتمل الشبهة وذلك شبهة الشبهة ، فلا يعتبر ، لأنه وهم .

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأتــه أو أمته، بل هو الظاهر وإن أقر بذلك حد، لأنــه لا يخفى عليه أمته أو امرأته ، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانـــة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته دریء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة « رح » ، وهو قول زفر « رح » . وقالا يحـد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما

(وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته ، بل هو الظاهر) أي بل كون المرأة امرأته أو أمته هو الظاهر ، لأن ظاهر حال المسلم أن لايزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفـــة ، فلم يعرفوها ، فلم يمكن إقامة الحد بشهادتهم ، فلو قال الشهود عليه أن الذي رؤوها معنى ليست بامرأتي ولا أمتي لم يحد أيضاً ، لأن الشهادة قد بطلت ، ثم هذه اللفظة ليست باقرار منه بالزنا ، فلا يحد ، ولو كان الإقرار إقراراً فحد الزنا لا يقام بالإقرار مرة .

(وإن أقر بذلك حد) أي وان أقر بالزنا بامرأة لا يعرفها حد (لأنه لا يخفى عليـه امرأته أو أمته) أي لا يخفى عليه امرأته أو أمته عن غيرهما ، وليس بمتهم في إقراره على نفسه ، فيحد (وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها) باشرها ، أي زنى بها وهي مكرهة (وآخران) أي شهد آخران (أنها) أي أن المرأة (طاوعتــه) أي طـاوعت الرجل على الزنا (دریء الحد عنهما) أي عن الرجل والمرأة (جميعاً) ومعنى دریء دفع ، وهو على صيغة المجهول من الدرء ، وهو الدفع . قال الله تعالى﴿فادرؤوا عن أنفسكم الموت﴾ ١٦٨آل عمران أي ادفعوا (عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر) وبه قالت الثلاثة .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (الحد على الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب) بكسر الجيم ، أي لاتفاق الفريقين ، أعني شاهدي الطواعة وشاهـد الإكراه على موجب الحد في حقه ، أي في حق الرجل ، وموجب الحد هو الزنا عن طوع (وتفرد أحدهمـا) بجر الدال عطفاً على قوله لاتفاقهما ، أي لتعداد تفرد أحد الفريقين ، أراد بأحد الفريقــين

بزيادة جنايـــة، وهو الإكراه بخلاف جانبها ، لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ، ولم يثبت لاختلافهما ، وله أنـــه اختلف المشهود عليه،لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها،وإنمـا يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ، لأن زناها مكرهة يسقـــط إحصانها ، فصارا خصمين في ذلك .

شاهدي الإكراه (بزيادة جناية ، وهو الإكراه) والضمير راجع إلى الزيادة والتـــذكير بالنظر إلى الخبر (بخلاف جانبها) أي جانب المرأة (لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت) أي شرط تحقق الموجب في حقها وهو طوعها (لاختلافهـــما) أي لاختلاف الفريقين ، وفي بعض النسخ لاختلافهم .

(وله) أي ولأبي حنيفة رحمه الله (أنه اختلف المشهود عليـــه) قال الكاكي ، أي المشهود به . وقد صرح به في الكافي . وفي الفوائد الجنازية أراد بالمشهود عليه المشهود به، وعلى بمعنى الباء ، كما في قوله تعالى ﴿حقيق على أن لا أقول على الله إلا الحق﴾ ١٠٥ الأعراف ، أي جدير بأن أقول على الله ، ذكره في التفسير . وقال الكاكي يمكن أن يجري على حقيقته، لأن المشهود عليه في القتل القدير اثنان . وإن كان واحد إذا الطائعة غير المكرهة، ولكن تعليل قوله (لأن الزنا فعل واحد) حقيقة بأن عنه ظاهراً ، لأن الزنا فعل واحد (يقوم بهما) أي بالرجل والمرأة ، وهو فعل حقيقـــة . وإن كان اثنان حكمـاً ، وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة .

(ولأن شاهدي الطواعية) دليل آخر ، وتقريره لأن شاهدي الطواعيـــة (صارا قاذفين لها) لعدم نصاب الشهادة ، والقاذف خصم ، ولا شهـادة للخصم . وكان ينبغي إقامة الحد على شاهدي الطواعية (وإنما يسقط الحد عنها بشهادة شاهدي الإكراه ، لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها) لوجود حقيقة الزنا ، لكن لا يأثم بسبب الإكراه (فصارا خصمين في ذلك) أي صار شاهدي الطواعية بسبب قذفيها خصمين في شهادتها .

وإن شهد اثنـان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درىء الحد عنهما ، لأن المشهود به فعل الزنا ، وقد اختلف باختلاف المكان ، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافاً لزفر « رح » لشبهة الإتحاد نظراً إلى اتحـــاد الصورة والمرأة .

وإن اختلفوا في بيت واحد حـــد الرجل والمرأة ، معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاويـة ، وهذا استحسان. والقيـاس أن لا يحد لاختلاف المكان حقيقـــة .

(وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران) أي وشهد اثنان آخران (أنه زنى بها بالبصرة درىء الحد عنهما) جميعاً (لأن المشهود به فعل الزنا ، وقـــد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ، ولا يحد الشهود خلافاً لزفر) فان عنده يحد الشهود حد القذف ، وبه قال الشافعي في قول الشهيد الاتحاد هذا دليل لنا لا لزفر ، يريد شبهة اتحاد المشهود به ، تقديره أن الشهادة دائرة به في الحدود بالحديث ، وقد وجدت ، لأنهم شهدوا ، ولهم أهلية كاملة ، ولهم عذر كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظراً إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة ، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت (بشبهة الإتحاد) في المشهود به ، فيندرىء الحد (نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة) أي اتحاد صورة نسبة الزنا واتحاد المرأة . قال في المختلف وعلى هذا الخلاف إذا شهد القاذف الفاسق بذلك .

(وإن اختلفوا) أي الشهود (في بيت واحد حـــد الرجل والمرأة) هذا إذا كانت المبتة صغيراً ، فاختلفوا وقال اثنان إنه زنى في هذه الزاوية من البيت ، وقال آخرون أنه زنى في الزاوية الأخرى فيه ، وهو معنى قوله (معناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاويـــة ، وهذا استحسـان) أي حد الرجل والمرأة فيما إذا اختلف الشهود في البيت الصغير (والقياس أن لا يحد) أي أحدهما ، وهو قول زفر والشافعي ومالك رحمهم الله (لاختلاف المكان حقيقة) فاختلف المشهود به ، وهو الزنا كما في الدارين .

وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية ، والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ، ومن في المؤخر في المؤخر ، .فيشهد بحسب ما عنده

(وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء) أي انتهاء الفعل (في زاوية أخرى بالاضطراب) ينتقلان إلى الزاوية الأخرى ، بخلاف ما إذا كان البيت كبيراً لا يحتمل التوفيق ، حيث لا يقبل شهادتهم ، إذ لم يقبل شهادة الشهود لا يحدون حد القذف للشبهة ، خلافاً لزفر « رح » (أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه) أي يظن الواقع (من في المقدم) أي من كان في مقدم البيت يظنه (في المقدم ، ومن [1] كان في مؤخر البيت) يظنه (في المؤخر ، فيشهد كل بحسب ما عنده) أي بحسب ما ثبت عنده .

فان قيل في التوفيق احتيال للإقامة ، وقد أمرنا بالاختبار للدرء ، قلنا هذا احتيال بقول الشهادة والتوفيق في الحدود مشروع ، والشهادة حجة يجرى تصحيحها بحسب صحتها مهما أمكن ، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد .

فان قيل الإختلاف في هذه المسألة مسكوت عنه ، والاختلاف في المكان في الزاوية منصوص عليه ، فكيف يقاس ذلك عليه . قلنا التوفيق مشروع فيما إذا كان الإختلاف منصوص عليه بأن شهد اثنان بأنه زنى بامرأة بيضاء ، وآخر بامرأة سوداء ، أو شهد اثنان بأن عليها ثوباً أحمر ، أو آخران بأن عليها ثوباً أصفر . و كذلك لو اختلفوا في الطول والقصر ، أو في السمن والهزل ، ولكن هذا يشكل على قول أبي حنيفة في مسألة الإكراه والطواعية ، لما أن التوفيق يمكن بأن يكون لابتداء الفعل بالإكراه وانتهائه بالطوع ، كذا في قاضي خان وغيره . أجيب بأن الإكراه أسقط ، سواء كان أول الفعل أو آخره ، لأنه بالنظر إلى الابتداء لا يجب ، وبالنظر إلى الإنتهاء يجب ، فلا يجب بالشك .

---

(١) ومن في المؤخر – هامش .

وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زني بها عند طلوع الشمس بدير يندرىء الحد عنهم جميعاً ، أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين من غيرعين، وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق ، وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا، وهي بكر درىء الحد عنهما،وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ،

(وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة) بضم النون وفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وباللام والهاء اسم موضع قريب من الكوفة . ومن قال بفتح البـاء الموحدة وكسر الجيم فقد صحف ، لأنه نخيلة على وزن فعيلة مكان اسم ، حتى من اليمن سموا بنخيلةامرأةمن ولد عمرو بن الغوث أخي الأزدني الغوث (عند طلوع الشمس وأربعة) أي وشهد أربعة أخرى (أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير يندرىء الحد عنهم) أي عن الرجل والمرأة (جميعاً أما عنهما) أي عن الرجل والمرأة (فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين) أو من هذا الفريق من غير تعيين أحد الفريقين بعين (من غير عين) أي أحد الفريقين ، لأنه يحتمل أن يكون الكذب من هذا الفريق من غير تعيين أحدهما، وأحدهما لا محالة كاذب ، لأنه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد فيمكانينمتباعدين لكنه لم يتميز الكاذب من الصادق لما ذكرنا ، فلهذا درىء الحد عنهما .

(وأما عن الشهود) أي وأما درء الحد عن الشهود (فلاحتمال صدق كل فريق) أي لاحتمال كل واحد من الفريقين أن يكونوا هم الصادقون . وقال زفر « رح » لا يسقط حد القذف عن الشهود .

(وإن شهد أربعة عل امرأة بالزنا وهي بكر) أي والحال أنها بكر (درىء الحد عنها وعنهم) أى دفع الحد عن الرجل والمرأة ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .وعند مالك يجب الحد عليها ، لأنه لا يعتبر قول النساءفي الحدود عنها ، أى درأ الشهود أيضاً ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » (لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة)

ومعنى المسألة أن النساء ينظرن اليها،فقلن أنها بكر ، وشهادتهن حجة في إسقاط الحد، وليس بحجة في إيجابه ، فلهذا سقط الحد عنهما ، ولا يجب عليهم . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف ، فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه ، لأنه لا يثبت بشهادتهم المال، فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل الشهادة ، والعبد ليس بأهل للتحمل والاداء ، فلم يثبت شبهة الزنا ، لان الزنا يثبت بالاداء،

(ومعنى المسألة أن النساء ينظرن اليها فقلن أنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليس بحجة في إيجابه) أي في إيجاب الحد (فلهذا) أي فلأجل هذا المعنى وهو أن شهادتهن حجة في إسقاط الحد ، وليس بحجة في إيجابه (سقط الحد عنهما) أي عن الرجل والمرأة (ولا يجب) أي حد القذف (عليهم) أي على الشهود وفي الكافي للحاكم الشهود، وكذا إذا خرجت المرأة رتقاء ، وتقبل في الرتقاء والعذر أو الأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة . وفي الفوائد الظهيرية وعلى هذا لو شهد بزنا رجل، وهومجبوب لا يحد هؤلاء الشهود أيضاً ، لأن الحد إنما يجب على القاذف لنفي العار والشأن عن المقذوف، وإنه منفي ينتفي عنه لمكان الجب .

(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) أي والحال أنهم عميان (أو محدودون) أي والحال أنهم محدودون (في قذف أو أحدهم) أي أحد الشهود (عبد أو محدود في قذف فإنهم) أي فإن الشهود (يحدون ، ولا يحد المشهود عليه ، لأنه لا يثبت بشهادتهم) أي بشهادة هؤلاء(المال،فكيف يثبت الحد) أي فكيف يثبت الحد الذي يندرىء بالشبهة (وهم ليسوا) أي والحال أنهم ليسوا (من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل) أي تحمل الشهادة (والأداء) أي ولا من أهل أداء الشهادة (فلم يثبت شبهة الزنا ، لأن الزنا يثبت بالأداء) أي يثبت عند القاضي بأداء الشهادة عند عدم الإقرار .

وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحد . ولان الفاسق من أهل الاداء والتحمل ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا ، فلهذا امتنع الحدان ، وسيأتي فيه خلاف الشافعي «رح» بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة ، فهو كالعبد

(وإن شهدوا بذلك وهم فساق) بضم الفاء وتشديد السين جمع فاسق (أو ظهر أنهم فساق) يعني شهدوا ، فبعد الشهادة ظهر أنهم فساق (لم يحدوا ، لأن الفاسق من أهل التحمل والأداء ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا) أي ويكون من أهل التحمل والأداء ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا ، والدليل على أنه من أهل الأداء قوله تعالى ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ وفائدة التبث أي تثبتوا ، فلو لم يكن للفاسق شهادة ، يقال فلا تقبلوا ولم يقل ذلك ، بل قال فتبينوا ، وفائدة التثبيت القبول عند ظهور الصدق لرجحانه عند القاضي بالتأمل في الدان ، مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة أم لا .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير (ولو قضى القاضي بشهادة الفاسق جاز [1]) يعني (عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت بشبهة عدم الزنا) الفسق جاز ، يعني عندنا الزنا (فلهذا) أي فلأجل ذلك (يمنع الحدان) أي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على المشهود .

(وسيأتي فيه) أي في حكم هذه المسألة . (خلاف الشافعي رحمه الله ، بناء على أصله

---

(١) ينفذ – هامش .

عنـــده ، وإن نقص عدد الشهود عن أربعـــة حدوا لانهم قذفة ، إذ لاحسبـــة عند نقصان العـدد وخروج الشهـــادة عن القذف باعتبارها .

أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده) أي الفاسق في شهادتـــه كالعبد عند الشافعي ، ويحد الشهود حد القذف عندنا ، وبه قال أحمد « رح » في رواية ومالك.

(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) هذا لفظ القـــدوري في مختصره ، وهو أحد قولي الشافعي « رح » ، وفي قول الآخر لا حد عليهم . وقال الكاكي حدوا ، أي عند طلب المشهود عليه الحد ذكره البزدوي لاختلاف الأئمة فيه ، لقوله تمـــالى ﴿ فإن لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ﴾ (لأنهم قذفة) أي لأن الذين نقصوا عن الأربعة قذفة جمع قاذف ، كسرقة جمع سارق (إذ لا حسبة) لإقامة الحد (عند نقصان العـــدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها) أي باعتبار الحسبة ، لأن الشاهد مخير بين حسبتين على مامر في أول الباب . وهنا لم يوجد حسبة الستر ، فذاك ظاهر ، ولم يوجد حسبة ، إذ الشهادة أيضاً فتعين القذف ، فلزم الحد ، ولأن الله تعالى جعل نصاب الشهادة في الزنا أربعـــة ، فاذا نقص العدد عنها صاروا قذفة فيحدون حد القذف ، لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ ٤ النور .

واعلم أن في قول المصنف « رح » لا يتهم قذفه أثراً أخرجه الحاكم في المستـــدرك في فضائل المغيرة بن شعبة عن عتاب سهل بن حماد عن عبد العزيز بن أبي بكرة ، قال لنـــا جلوساً عند باب الصغير الذي في المسجد أبو بكرة وأخوه نافع وسهيل بن معبد والمغيرة بن شعبة تسمى في ظلال المسجد ، والمسجد يومئذ من قصب ، والمغيرة يومئـــذ أمير البصرة أمره عليها عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فانتهى إلى أبي بكرة يسلم عليه ، فقال له أبو بكرة أيها الأمير ليس كذلك ، لكن ذلك اجلس في بيتك وابعث إلي من شئت فيحـد ، فتحدث معه ، قال أبو بكرة ولا بأس ثم دخل المغيرة من باب الأصغر حتى تعدى إلى باب أم جميل امرأة من سير ، فدخل عليها فقال أبو بكر والله لأصبر على هذا ، ثم بعث غلاماً

له فقال أبو بكر « رض » له أرني القذفة والنظر من الكوة قد هر [1] فنظر فلم يلبث أن رجع ، فقال وجدتها في لحاف واحد ، فقال أبو بكر للقوم قوموا معي ، فقاموا ، فبدأ أبو بكرة فنظر ثم استرجع ، ثم قال وجد في لحاف ، فقال أبو بكرة للقوم قوموا معي فقاموا ، فبدأ أبو بكرة فنظروا ثم استرجع ثم قال لأخيه انظر ، فقال ما رأيت ، قال الزنا محصناً ، ثم قال لبيتك انظر فنظر ، فنظر فقال مثل ذلك ، فقال أشهد الله عليكم ، قالوا نعم .

ثم كتب أبو بكرة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بما رأى ، فبعث عمر أبا موسى الأشعري [2] رضي الله عنهما أميراً على البصرة وأمره أن يرسل اليه المغيرة وهل لك إن كان ومعه ، أي بكرة وشهداه ، فلما قدم أبو موسى أرسل بالمغيرة وأبو بكرة وشهوده وقال للمغيرة وهل لك إن كان مصدوقاً عليك وطوبى لك إن كان مكذوباً عليك ، فلما قدموا على عمر رضي الله عنه ، قال لأبي بكرة هات ما عندك ، قال أشهد أني رأيت الزنا محصناً ، ثم تقدم آخر وهو نافع ، فقال نحو ذلك ، ثم تقدم سهل بن سعد البجلي ، فقال نحو ذلك ، ثم تقدم زياد فقال له ما رأيت ، قال رأيتها في لحاف وسمعت نفساً عالياً ، ولا أدري ما وراء ذلك ، فكبر عمر رضي الله عنه وفرح إذ أنجى المغيرة وضرب القوم الحد إلا زياد ، انتهى وسكت عنه .

وروى عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان اليمني بن عثمان المهري قال شهد أبو بكرة ونافع ، يعني ابن علقمة وسهل بن معبد على المغيرة أنهم نظروا اليه كما ينظرون المرود في المكحلة ، فجاء زياد فقال عمر رضي الله عنه جاء رجل لا يشهد إلا بالحق ، فقال رأيت مجلساً فسحاً وأنتهاراً ، فجلدهم عمر الحد . قال أبو نعيم هؤلاء الذين شهدوا أخوة لأم اسمها سمية وزياد بن كمير كان سمية كان سمى زياد بن أهيلة ، انتهى الانتهار من النهر وهو النفس التالي .

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

(٢) في الأصل العشري ، والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قـذف ، فانهم يحدون ، لأنهم قذفة ، إذ الشهود ثلاثـة ، وليس عليهم ولا على بيت المـال إرش الضرب وإن رجم فديته على بيت المال ، وهذا عند أبي حنيفـة « رح » وقالا إرش الضرب أيضاً على بيت المال . قال العبد الضعيف عصمة الله ، معناه إن كان جرحه ،

(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهـادتهم) يعني جلد وكان غير محصن ، فحرجته البساط (ثم وجد أحدهم) أي أحد الشهود (عبداً أو محدوداً في قذف ، فانهم يحدون ، لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة) لأن الشهود في الزنا إذا كانوا أقل من أربعـة يجب عليهم حد القذف لقصور عدم الشهادة ، ويجب الحد على العبد والمحـدود ، وكذلك إذا وجد أحد الشهود أعمى (وليس عليهم) أي على الشهود (ولا على بيت المال إرش الضرب) ومعرفة الإرش أن يقوم المحدود عبداً سليماً من هذا الأمر ويقوم وبـه هذا الأثر ، فينظر أما ينقص بما ينقص به القيمة ، فينقص من الدية مثله .

(وإن رجم) بأن كان محصناً ثم ظهر أحد الشهود عبداً أو محدوداً في قذف (فديته على بيت المال) هذا بالاتفاق ، لأن القاضي أخطأ في قضائه للعـامة من حيث الضمان في مالهم (وهذا) أي المذكور من الفصلين (عند أبي حنيفـة وقال إرش الضرب أيضاً على بيت المال) والحربي إذا قذف مسلماً يجب عليه بالاتفاق وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق، وحد الزنا والسرقة يجب عند أبي يوسف « رح » ، ولا يجب عند أبي حنيفـة ومحمـد « رح » ، والذمي يجب عليه جميع الحـدود إلا حد الخمر ، وقـد مر في باب الوطء الذي يوجب الحد .

(قال) أي المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى كلام محمد في الجامع الصغـير إرش الضرب أيضاً على بيت المال (إذا كان جرحه) أي الضرب لأنه إذا لم يخرج لا يجب شيء

وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب ، وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده ، وعندهما يضمنون . لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب إذ الإحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره ، فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع ، وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي ، وهو عامل للمسلمين ، فتجب الغرامة في مالهم ، فصار كالرجم والقصاص .

على أحد ، كذا ذكر السغناقي (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (إذا مات) أي المجلود (من الضرب) يجب دية النفس في بيت المال عندهما إذا ظهر بعض الشهود عبداً أو محدوداً في قذف أو أعمى . وعند أبي حنيفة « رح » لا يجب شيء .

(وعلى هذا) أي وعلى هذا الخلاف المذكور (إذا رجع الشهود) بعد الجرح بالجلد أو الموت والجلد (لا يضمنون عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » أصلاً لا ضمان النفس ولا ضمان الإرش (وعندهما يضمنون) إرش الجراحة إن لم يمت المجلود والدية إن مات .

(لهما) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب) يعني بغير قيد السلامة (إذ الإحتراز عن الجرح خارج عن الوسع) أي عن وسع الضارب (فينتظم الجارح وغيره) أي يشمل الضرب الجارح وغير الجارح (فيضاف) أي الجرح أو الهلاك (إلى شهادتهم ، لأنهم) أثبتوا الجلد (فيضمنون بالرجوع) لأنه ظهر كذبهم في شهادتهم (وعند عدم الرجوع يجب) أي الضمان (على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي) لأنه أخطأ في قضائه ، ولا يرجع إلى الشهود لأنهم ما رجعوا ، والقاضي إذا أخطأ في قضائه يجب الضمان على من وقعت منفعة القضاء لأجله ، وقد وقعت المنفعة العامة ، لأن منفعة الحد وهي خلاف العالم عن الفساد يقع للعامة (وهو) أي القاضي (عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم) وما لهم بيت مال المسلمين (فصار كالرجم والقصاص) أي قصاص الجرح أو الهلاك بالحد على تقدير عدم رجوع الشهود بأن نظر

ولأبي حنيفـــة « رح » أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ، ولا مهلك فلا يقع جارحاً ظـــاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته فاقتصر عليـــه ، إلا أنـه لا يجب عليه الضمـان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخـــافة الغرامة ، وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ،

بعضهم عبـداً أو محدوداً كالرجم والقصاص ، يعني في الرجم والقصاص يجب الغرامة في بيت المال ، فكذا في الجرح أو الموت بالجلد .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الواجب هو الجلد ، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) ألا ترى أن الجلد لا يقام في الحر الشديد أو البرد الشديد ولا على المريض حتى يبرأ كيلا يقع متعلقاً ولا بسوط له ثمرة كيلا يقع جارحاً (ولا يقع) أي الضرب حال كونه (جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته) في عمله ، أي المعنى في الضارب قلة هدايته في عمله وترك احتياطه (فاقتصر عليـــه) أي فاقتصر الجرح أو الهلاك على الضارب من غير أن يضاف إلى الشهود أو القاضي ، إلا أنه استثنى من قوله فاقتصر عليه ، وهذا جواب عما يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب الضمان عليه ، وهو القياس .

فأجاب عنه بقوله (إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) وهو الاستحسان (كيلا يمتنع الناس عن الإقامة) أي عن إقامة الحدود (مخافـة الغرامة) أي لأجل الخوف عن الغرامة ، وقيد الصحيح احترازاً عما روي في مبسوط فخر الإسلام . ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه ، لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه ، لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل ، فإذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله متعدياً فيجب عليه الضمان ، والله أعلم .

(وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) أي الرجل (لما فيـــه) أي في شهادة الفروع (من زيادة الشبهة) يعني لما فيها من شبهـة زاده على الأصل لم يكن

ولا ضرورة إلى تحملها، فان جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضاً، معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم في الأمر والتحميل ولا يحد الشهود، لأن عددهم متكامل، وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة، وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه.

فيه، فإن الكلام إذا تداولته الآلة يمكن فيها زيادة ونقصان (ولا ضرورة إلى تحملها) أي على تحمل زيادة الشبهة، لأن الحدود لدرئها لا لإثباتها، وبه قال الشافعي « رح » في قول محمد ومالك وأحمد. وقال الشافعي « رح » في الأصح يقبل إذا كان بشرائط كشهادة الأصول.

(فإن جاء الأولون) أي الأصول بعدما شهد الفروع (فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان) يريد به ذلك الزنا بعينه (لم يحد أيضاً معناه) أي معنى قول محمد « رح » في ذلك المكان (شهدوا على ذلك الزنا بعينه، لأن شهادتهم) أي شهادة الأصول (قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة، إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل) أي الفروع قائمون مقام الأصول، وهذا التعليل تعليل لرد شهادة الأصول ليست لرد شهادة الفروع، فإن هذا في الحقوق المالية، فإن ثمة تقبل شهادة الأصول بعد رد شهادة الفروع. والجواب أن المال يثبت بالشبهة، بخلاف الحدود (ولا يحد الشهود) أي الأصول والفروع لا يحدون (لأن عددهم متكامل) والأهلية أيضاً موجودة (امتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة) وهي شبهة البدلية الركر[1] والمكال، لاحتمال الزيادة والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الأصول (وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه) أي شبهة كافية لإسقاط الحد، لا لإيجاب الحد، يعني أن الشبهة ليست لموجبة الحد، ولكنها مسقطة له.

---

(١) هكذا الكلام في الأصل.

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ،فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية، أما الغرامةفلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق . وقال الشافعي « رح » يجب القتل دون المال ، بناء على أصله في شهود القصاص ، وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى . وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة « رح » . وقال زفر «رح» لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت،وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي، فيورث ذلك شبهة.ولنا أن الشهادة إنماتنقلب قذفاً بالرجوع ، لأن بهتفسخ شهادته، فجعل للحال قذفاً للميت،وقدا نفسخت الحجة،فينفسخ

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) أي الرجل (فكلما رجع واحد منهم حد الراجع وحده وغرم ربع الدية ، أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق ، وقال الشافعي « رح » يجب القتل) أي قتل الراجع (دون المال بناء على أصله) أي أصل الشافعي «رح» (في شهود القصاص) يعني إذا رجعوا بعد القصاص ، فيقتلون عنده ، فكذا هنا إذا رجعوا بعد الرجم يقتلون، ويقول الشافعي « رح » قال ابن أبي ليلى وهو قول الحسن البصري أيضاً (وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى) قال الأترازي هذه حوالة ليس لها رواج إن شاء ذكر ذلك العام .

(وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر « رح » لا يحد ، لأنه إن كان الراجع قاذف حي ، فقد بطل بالموت ، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي ، فيورث ذلك شبهة) إشارة إلى كون الميت مرجوماً بحكم القاضي .

(ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع ، لأن به) أي بالرجوع (تفسخ شهادته فجعل للحال) أي في الحال (قذفاً للميت، وقد انفسخت الحجة) وهي الشهادة (فينفسخ

ما يبتنى عليـه ، وهو القضاء في حقـه ، فلا يورث الشبهـة ، بخـلاف ما إذا قذفـه غيره ، لأنه غير محصن في حتى غيره ، لقيام القضاء في حقه، فان لم يحد المشهود عليـه حتى رجع واحدمنهم حدوا جميعاً وسقط الحد عن المشهود عليه . وقال محمـد « رح » حد الواجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا ينفسخ إلا في حق الراجع ، كما إذا رجع بعد الامضاء

ما يبتني عليه ، وهو القضاء في حقه) والضمير في عليه يرجع إلى الحجة على تأويل الكلام قاله الأترازي « رح » . وقال أيضاً وقوله وهو راجع إلى ما هو عبـارة عن القضاء ، والضمير في حقـه راجع إلى المراجع ، يعني أن القضاء تفسخ في حق الراجع ، لأن القضاء مبني على الشهادة ، وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع (فلا يورث الشبهة) أي كونه وجوباً بانقضاء القاضي لا يورث الشبهة ، وفي سقوط حق القـذف عن الراجع ، لأن القضاء انفسخ في حقه .

(بخلاف ما إذا قذف الميت غير الراجع ، لأنه) أي لأنـه الرجوع (غير محصن في حق غيره) أي غير الراجع (لقيام القضاء في حقه) أي في حق الراجع ، فصار لقيـام القضاء بشبهة في حقه ، فلم يحد ، فظهر الفرق (فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً) يعني حد الشهود كلهم .

واعلم أن رجوع الشهود لا يخلو ، إما أن يكون بعد القضاء والإمضاء أو بعـد القضاء قبل الإمضاء أوقبل القضاء والإمضاء ، فهذه فصول ثلاثة ، وقد ذكر الفصل الأول وشرع هنا في الفصل الثاني ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء والإمضاء ، وهو قوله فإن لم يحـد المشهود عليه ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء قبل الإمضاء يحدون كلهم (وسقط الحد عن المشهود عليه) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فيالقول الآخر .

(وقال محمد « رح » حد الراجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا تنفسخ إلا في حق الراجع) لا في حق غيره (كما اذا رجع بعد الإمضاء) وبه قال أبويوسف«رح»

ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ، ولهذا سقط الحـــد عن المشهود عليه . ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعـــاً . وقال زفر « رح » يحد الراجع خاصة ، لأنه لا يصدق على غيره . ولنـا أن كلامهم قذف في الأصل ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء بـــه ، فاذا لم يتصل به بقي قذفاً، فيحدون، فان كانوا خمسة فرجع أحدهم

أولاً ، وهو قول زفر أيضاً . وقال الشافعي « رح » في أحد قوليه لا يحد الراجع .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن الإمضاء من القضاء) أي أن إمضاء الحد بمنزلة القضاء بدليل أن الإمضاء لا يجوز إلا بمحضر من القاضي ، ولهـــذا تجعل لإثبات الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والتعمل والموت والغيبـــة ، وهذا بعد القضاء قبل الإمضاء ، كالحادثـــة قبل القضاء . فإذا كان الإمضاء في القضاء كالرجوع قبل القضاء فيحدون جميعاً ، وهو معنى قوله (فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ، ولهذا) أي ولأجل أن الإمضاء من القضاء في باب الحدود (يسقط الحد عن المشهود عليه) إذا رجع واحد قبل القضاء وقبل الإمضاء ،كما يسقط إذا رجع قبل القضاء .

(ولو رجع واحد منهم) هذا هو الفصل الثالث ، وهو ما إذا رجع (قبـــل القضاء والإمضاء) أي لو رجع شاهد واحد من الشهود الأربعـة قبـل القضاء والإمضاء (حدوا جميعاً) أي يحدون كلهم .

(وقال زفر « رح » حد الراجع خاصة ، لأنه) أي لأن الراجع (لا يصدق على غيره) يعني أن رجوعه حجة على نفسه لا غيره باتصال .

(ولنا أن كلامهم قذف في الأصل) يعني لكونه صريحاً فيه (وإنمـا يصير شهـــادة باتصال القضاء به) أي بكلامــــه (فإذا لم يتصل به) أي فإذا لم يتصل القضاء بكلامهم (بقي قذفاً فيحدون) لقصور عددهم (وإن كانوا خمسة) هذا عطف على أصل المسألة ، وهو قوله وإذا شهد أربعة بالزنا (فرجع أحدهم) يعني بعد الرجم ، لأنه وضع المسألة في

فلا شيء عليهم ، لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربع ، فان رجع آخر حد وغرما ربع الدية . أما الحد فلما ذكرنا ، وأما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة « رح » ، معناه

ذلك (فلا شيء عليهم) أي لا الحد ولا الدية ، لا على الشهود ولا على الراجع ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح ومالك وأحمد رحمهما الله . وعن مالك لا يجب الدية بالرجوع أصلا . وقال الشافعي « رح » في وجه يجب خمس الدية (لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربعة ، فإن رجع آخر) أي من الأربعة (حد) أي الراجع الأول وهو الخامس والراجع الثاني من الأربعة (وغرما ربع الدية) قال الشافعي « رح » إن قالا تعمدنا الكذب وجب عليها القود . وإن قالا أخطأنا وجب عليهما فسقطهما في الدية وغرما ربع الدية .

(أما الحد فلما ذكرنا) إشارة إلى قوله ولنا أن الشهادة إنما تقلب قذفاً بالرجوع . وقال الأترازي فإن قلت حين رجع الواحد من الخمسة لا شيء عليه أصلا ، فعند ذلك كيف يجب عليه الحد والغرامة برجوع الآخر . قلت إنما لم يجب عليه شيء وقت رجوعه لمانع مع وجود السبب ، والمانع بقاء الحجة الكاملة . فلما رجع آخر زال المانع ، فعمل السبب عمله .

(وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي ، لا رجوع من رجع على ما عرف) أي في كتاب الشهادات .

(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) على صيغة المجهول من التزكية من زكى نفسه إذا مدحه وتزكيت الشهود الوصف بكونهم أزكياء (فرجم) أي الرجل (فإذا الشهود عبيد أو مجوس ، فالدية على المزكين عند أبي حنيفة) وقال المصنف رحمه الله (معناه

إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد « رح » هو على بيت المال. وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم .

إذا رجعوا) أي المزكون (عن التزكيـة) وقال الأترازي « رح » قال صاحب الهدايـة « رح » معناه إذا رجعوا عن التزكية ، أي معنى قوله فالدية على المزكين ، قال ويدل على صحة تأويله ما نص عليه الحاكم في الكافي إذا شهد الشهود على رجل بالزنا والإحصان ، فزكاهم يعني زعموا أنهم أحرار ورجم ثم وجدوهم عبيداً قال لا حد على الشهود ، فإن رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا . قلت فإن لم يقولوا أنهم أحرار ، وقالوا هم عـدول ثم وجدوا عبيداً قال لا ضمان على المدعين ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ، فان لم يقولوا أنهم أحرار وقالوا هم عدول ثم وجدوا عبيداً ، قالا لا ضمان على المزكين ، وإلى هاهنا لفظ الحاكم رحمه الله . وقال الكاكي « رح » قوله معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا قلنا هم أحرار مسلمون ، مع علمنـا بحالهم أنهم عبيد ، وكذا في نسخ الشروح ، فعلى هذا ينبغي أن لا يذكر في الكتب قوله .وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا من غير أن يقال ، وقيل لأن قوله وقيـل يقضي أن يكون معنى الرجوع عن التزكية التي توجب الضمان عنده في قول آخر سوى التعمد وليس كذلك ، فان المزكي إذا قال أخطأت في التزكية لا يضمن بالإجماع ، وإنما الخلاف فيما إذا تعمدت ذلك مع علمي بحالهم ، ذكره في جامع قاضي خان ، واليه أشار في المبسوط . وقال تاج الشريعة معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا أنهم مجوس ، حتى لو قالوا أخطأنا لا يضمنون .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو على بيت المال) أي الضمان على بيت المال (وقيل هذا) عند أبي حنيفة ، أي وجوب الضمان (إذا قالوا) أي المزكون (تعمدنا بالتزكية مع علمنا بحالهم) أما إذا قالوا أخطأنا فلا يجب عليهم الضمان . قال الإمام السغناقي « رح » في شرحه للجامع الصغير إذا قالوا علمنـا أنهم مجوس ، ومع هـذا زكيناهم ، أما إذا قالوا أخطأنا ، فلا يجب عليهم الضمان ، لأنهم يأتون على القاضي والقاضي

لهما أنهم أثنوا على الشهود خيراً ، فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا على إحصانه ، وإن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية ، فكانت التزكية في معنى علة العلة ، فيضاف الحكم اليها ، بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط ، ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا ، وهذا

لا خطأ لا ضمان عليه ، فكذا ها هنا ، وإنما وجب الضمان عليهم إذا تعمدوا لأنهم أظهروا ملة علة التلف .

(لهما) أي لأبي يوسف « رح » (أنهم) أي أن المزكين (أثنوا على الشهود) قيل حيث أثبتوا بذلك شرط الحجة ، وهي العدالة (فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا على احصانه) فلا يضمنون شيئاً ، وبه قالت الثلاثة ، فاذا لم يضمنوا شيئاً وجب الضمان على بيت المال .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (أن الشهادة إنما تصير حجة وعاملة بالتزكية) إذ الشهادة في الحدود لا توجب شيئاً بلا تزكية (فكانت التزكية في معنى علة العلة) لأن التزكية يعمله للعلة ، والعمل للعلة علة العلة ، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة ، ألا ترى أن حفر البئر لما كان هو الذي لعلة يجعل فقد علة المار للوقوع في البئر ، فيضاف الحكم اليه عند تعذر إضافته إلى الفعل (فيضاف الحكم اليها) أي إلى علة العلة ، فصار المزكون كالشهود إذا رجعوا (بخلاف شهود الإحصان ، لأنه محض الشرط) حاصله أن الشهادة على الإحصان شرط محض ، وعلامة معرفة الحكم الزنا الصادر بعده وجود الإحصان ، ولا حاجة لثبوت الزنا إلى شهود الإحصان ، لأن الزنا ثبت بشهود الزنا قبل الإحصان ، ولكن لا يثبت الزنا بشهود الإحصان ما لم يزكوا ، فظهر الفرق بين التزكية وشهادة الإحصان .

(ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة) أي المزكون بلفظ (الشهادة أو أخبروا) بأن قالوا نشهد بأنهم أحرار أو قالوا هم أحرار (وهذا) أي وجوب الضمان على المزكين على

إذا أخبروا بالحرية والإسلام ، أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمون ، لأن العبد قد يكون عدلاً ولا ضمان على الشهود ،لأنه لم يقع كلامهم شهادة ، ولا يحدون حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً وقد مات ، فلا يورث عنه . وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد

قول أبي حنيفة « رح » (إذا أخبروا بالحرية والإسلام) أي فيما إذا أخبروا بحرية الشهود وإسلامهم ، ثم ظهر الشهود مجوساً أو عبيداً .

(أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون ، لأن العبد قد يكون عدلاً) أيضاً بتركه محظور دينه . واعلم أن زكاة المزكي شرط عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ، ذكره في المختلف ، ولا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، خلافاً لمحمد « رح » ، ويشترط الإتيان في سائر الحقوق والأربعة في الزنا ، ويجوز شهادة رجل وامرأتين على الإحصان ، كذا قال الحاكم (ولا ضمان على الشهود) لأنه يقع كلامهم بشهادة فيه ، نظراً لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء، وقد اتصل به القضاء ، فما وجه قوله (لأنه لم يقع كلامهم شهادة) والجواب إذ القضاء لما أظهر خطأه بيقين ، صار كأن لم يكن ، فلا يتصل القضاء بكلامهم ، فلا يصير شهادة .

(ولا يحدون) أي الشهود (حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً ، وقد مات فلا يورث عنه) أي لا يورث حد القذف عن الميت ، لا يقال لم يجعل قذفاً للميت للرجال بطريق الإنقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة ، لأنا نقول عليه الإنقلاب للرجوع عن الشهادة. فالجواب فلم يوجد .

فإن قيل لم لا يكون ظهورهم عبيداً أو مجوساً علة للانقلاب كالرجوع ان انقلاب صيرورة الشهادة قذفاً وكلامهم لم يقع شهادة .

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد

الشهود عبيداً ، فعلى القاتل الديــة . وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق . وجه الاستحسان أن القضاء صحيـــح ظاهراً وقت القتل ، فأورث شبهة ، بخلاف ما إذا قتـله قبل القضاء ، لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربيـــاً ، وعليه علامتهم . ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد ، والعواقل لا تعقـل العمد ، ويجب ذلك في ثـلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل ، وإن رجم ثم وجـدوا

الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية) في ماله (وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتـــل نفساً معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل،فأورث شبهة) كنكاح الفاسد يكون شبهة أسواط الحد .

(بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء) حيث يجب القضاء لعدم الشبهـــة لأن القضاء هو المورث للشبهة لم يوجد ، أشار اليه بقوله (لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنـه) عطف على قوله أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل ، أي ظن الذي قتله (مبـــاح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربياً وعليـه علامتهم) أي كما إذا ظن المسلم والغازي أو الشخص حربياً ، وعليه علامتهم ، أي علامة أهل الحرب ، فقتله عمداً ، ثم ظهر أن المقتول ليس بحربي لا يجب القصاص بشبهة ظنه مباح الدم (ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد والعواقل) الجمع جمع عاقلة (لا تعقل العمد ، ويجب ذلك على ثلاث سنـــين ، لأنه وجب بنفس القتـــل) لا بالإقرار ، وكل شيء يجب بنفس القتـــل تكون الدية في ثلاث سنين .

(وإن رجم) على بناء الفاعل معطوف على قوله فضرب عنقه ، أي وإن رجم ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعـــد قضاء القاضي بالرجم وفي لفظ المبسوط الرجم بالحجارة . ولفظ صاحب الوجيز وإن كان هذا الرجل قتله رجماً (ثم وجدوا) أي الشهود

عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فينقل فعله اليه ، ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا ،وكذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه ، لأنـــه لم يأتمر بأمره . وإذا شهدوا على رجل بالزنا ، وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم ، لأنـــه يبـاح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة .

(عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فينقل فعله اليه) أي نقل فعل هذا الذي رجعه إلى الإمام (ولو باشره) الإمام الرجم (بنفسه يجب الدية في بيت المـال لما ذكرنا) عند قوله فيما مضى قبل ، وزفه بقوله لأنه انتقل فعل الجلاد القاضي وهو عامل للمسلمين ، فيجب الغرامة في مالهم (كذا هذا) أي كذا حكم هذا ، وأشار به إلى فعـل الرجم (بخلاف ما إذا ضرب عنقه ، لأنه لم يأتمر بأمره) أي أمر الإمام، لأنه أمربالرجم دون القتل ، فلم ينتقل فعله اليه .

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أي إلى فرج الزاني والزانيـة (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد رحمهـــما الله ، ولو قالوا تعمـدنا النظر للتلذذ لا يقبـل إجماعاً . وفي جامع السرخسي قال بعض العلماء لا تقبـــل شهادتهم ، وبـــه قال الاصطخري من أصحـاب الشافعي « رح » لإقرارهم بالنظر على أنفسهم ، إذ النظر إلى عورة الغير فسق (لأنه يبـاح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة) لأنهم كلفوا على إقامة الشهــادة على أنهم رأوه كالميـــل في المكحلة، والرشاء في البئر ، والقلم في المحبرة

(فأشبه الطبيب والقابلة) أي أشبه نظر شهود الزنا إلى فرج الزانية لضرورة في ذلك، كما ينظر الطبيب والقابلة إلى الفرج ، وهذا لأن الطبيب يجوز أن ينظر إلى موضع العورة لضرورة المداواة . وقال في خلاصة الفتاوى لا يجوز النظر إلى العورة إلا عندالضرورة، وهي الإحتقان والحيان والمداواة والولادة والبكارة في البالغة والرد بالعيب، والمرأة في حق المرأة أولى ، وإن لم يوجد ستر ما وراء موضع الضرورة .

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم ، معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط ، لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ، ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله . فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر « رح » والشافعي «رح» فالشافعي « رح »مرعلى أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غيرالأموال. وزفر « رح» يقول أنه شرط في معنى العلة، لأن الجناية تتغلظ عنده، فيضاف الحكم

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم . معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط) أي شرائط الإحصان (لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه) أي على الرجل(ولهذا)أي ولأجل الحكم بالدخول عليه (لو طلقها بعيب يعقب الرجعة) أي الطلاق تعقبه الرجعة له أن يراجعها بعد الطلاق ، والطلاق قبل الدخول لا يعقب الرجعة (والإحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهراً ، وفيه شبهة .

(فإن لم يكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر والشافعي) ومالك وأحمد رحمهم الله (فالشافعي « رح » مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال ، وزفر يقول إنه) أي الإحصان (شرط في معنى العلة) فلا تقبل شهادة النساء فيه ، لأن شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود (لأن الجناية تتغلظ عنده) بيانه أن علة حد الزنا هو الزنا ، لكنه يتغلظ عند وجود الإحصان، ولهذا يجب الرجل الذمي هو أقطع العقوبات فكان الإحصان شرطاً في معنى العلة ، فلا تقبل شهادتهن على علة الحكم ، فلا تقبل أيضاً على شرطه وهو الإحصان ، لأنه في معناها لتغلظ الجناية عنده ، وهو معنى قوله لأن الجناية تتغلظ عنده ، أي عند زفر أيضاً (فيضاف الحكم

اليه ، فأشبه حقيقة العلة ، فلا تقبل شهادة النساء فيـــه ، فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا ، فلا تقبل لما ذكرنا . ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميـــدة ،وأنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا ، فلا يكون في معنى العلة ، وصار كماإذا شهدوا به في غير هذه الحالة ، بخلاف ما ذكر ، لأن العتق يثبت بشهادتهما ، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ ،لأنه ينكره المسلم

اليه) أي إلى الإحصان (فأشبه حقيقة العلة) قال الأكمل ترتب على ذلـــك أمران ، أحدهما ما ذكره في الكتاب ، وهو قوله (فلا تقبل شهادة النساء فيه) حفيــاً لا للدرء ، أي لدفع الحد ، والثاني أن شهود الاحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده ، لأن شهود العلة يضمنون بالرجوع بالاتفاق .

(فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا فلا يقبـل) يعني أن الزاني لو كان مملوكاً لذمي ، وهو مسلم فشهد شاهدان ذميان أنه ، أي أن مولاه الذي أعتقه قبل الزنا لم يرجم (لما ذكرنا) أي لأن الاحصان شرط في معنى بعلة .

(ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها ليس فيموضع كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالاسلام ، وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (وانها) أي وأن الخصال الحميدة (مانعة من الزنا ، فلا تكون في معنى العلة ، وهذا كما إذا شهدوا به) أي بالاحصان (في غير هذه الحالة) أراد بهذه الحالة ما بعد الزنا . قال الأكمل « رح » يعني لو شهد رجل وامرتان أن فلاناً تزوج هذه المرأة ودخل بهـــا قبلت شهادتهم ، فكذلك ها هنا .

(بخلاف ما ذكر) أي بخلاف ما ذكر زفر « رح » بشهادة الذمية على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا (لأن العتق يثبت بشهادتها) أي بشهادة الذميين (وإنما لا يثبت بسبق التاريخ) يعني يثبت العتق ، لكن لا يثبت سابقاً على الزنا (لأنه ينكره المسلم) أي لأن

أو يتضرر به المسلم ، فان رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا ، خلافاً لزفر « رح » ، وهو فرع ما تقدم

سبق التاريخ ينكر المسلم لا يثبت شهادة الكافر بل الذمية ، ولأن المسلم يتصور سبق التاريخ من حيث تغليظ [1] العقوبة عليه ، فلا يجوز أن يتضرر المسلم بشهادة الكفار ، كذا في المبسوط ، وهو معنى قوله (أو يتضرر المسلم) أما شهادة النساء في غير الحدود مقبولة وإن تضرر به المسلم .

(فإن رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا ، خلافاً لزفر « رح ») والشافعي « رح » في ضمان شهود الاحصان ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ضمان عليهم ، وهو قولنا .

والثاني : يضمنون ، وهو قول زفر « رح » .

والثالث : إذا رجعوا مع الشهود على الزنا إن شهدوا بالاحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنوا ، وإن شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنوا .

وفي قدر ما يضمنون من الدية وجهان . وجه : يضمنون بضمان الدية ، الثاني : ثلث الدية ، كذا في الحلية .

(وهو فرع ما تقدم) أي عدم الضمان عليه شهودالاحصان عندنا إذا رجعوا ووجوب الضمان عند زفر « رح » ، بيان على ما قلنا أنه في معنى العلة عنده ، وشرط محصن عندنا لا يتعلق به الوجود ، بل هو علامة معرفة حكم الزنا الصادر بعد .

فروع : وفي الاحصان يكفي الشهود أن يقولوا أدخل بها زوجها . وقال محمد « رح » لا بد أن يقولوا جامعها أو باضعها ، كذا في التأمل . وكذا لو أنكر الاحصان بعد ثبوت الزنا فشهد أنه تزوج بامرأة ودخل بها ثبت إحصانه حتى يرجم ، كما لو قال وطئها أو جامعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وبه قالت الثلاثة . وقال محمد لا يثبت إحصانه فلا يرجم ، كما لو شهد أنه أقر بها أو أتاها . ولو شهد أربعة أنى زنى بامرأة وأربعة

---

(١) في الأصل تغليظ ، والصحيح ما أثبتناه ، اه مصححه .

أخرى مرة أخرى فرجم ورجع الفريقان ضمنوا ديته بالاجماع وحدوا القذف عند أبي حنيفـــة وأبي يوسف ، وبـــه قال أحمد . وقال محمد رحمه الله لا يحدون ، وبه قال الشافعي « رح » .

ولو شهدوا على الزنا وأقر مرة به حد عند محمد « رح » ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لأن البينة وقعت معتبرة ، فلا تبطل بالاقرار ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يحد ، وهو الأصح . وإذا أقر أربع مرات لا يحد عندنا ، خلافاً للشافعي ومالك وأحمد رحمهما الله ، فإن عندهم يحد القاضي إذا أمر بالرجم أو بالجلد هل يسمى مع ممن لم يعاين الشهادة أو سبب وجوب الرجم أو الجلد ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يسمى ، وعند محمد لا يسمى لمن لم يشأها ، وأفتى فقهاؤنا وراءهم الفى [1] بقول محمد « رح » لعلة الفساد على القضاء ، فلا يؤمنون على الخصوص في الحدود التي تندرىء بالشبهات ، وقد فصل بعض المشايخ في ذلك ، فقال القضاة أربعة :

عالم عادل ، وهذا واجب الطاعة ، فيجب الائتمار .

وعادل : وهذا يسأل عن كيفية ثبوت ما ثبت عنده ، فإذا أخبر بمـا يوافق الشرع قبل قوله وعمل به .

وظالم عالم ظالم جاهل . وهذان لا يقبل قولهما ، ولا يلتفت اليهما .

وقيل يسأل الثالث عن ثبوت الحكم عنده ، فإن وافق مقتضى عمله عمل بـه ، وإن ظهر فيه أنه ظلمه ترك .

* * *

(١) الجملة بهذا السياق في الأصل . اهـ مصححه .

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك ، فعليه الحد ، وكذلك إذا أقر وريحها موجودة ، لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد . والأصل فيه قوله عليه السلام

(باب حد الشرب)

أي هذا باب في بيان حكم حد الشرب . قدم حد الزنا على الشرب لما أن دعاء الطبع إلى الزنا أكثر عند فرط الشبق ، ولهذا ضربه أشد من ضرب الشرب . وفي الزنا قتل النفس . وفي شرب الخمر فوات العقل ، وكأن العقل كالتابع للنفس ، وأخرج القذف عن حد الشرب لأن الجريمة في الشارب دون القاذف ، لأنه يحتمل أنه صدق في القذف بأن كان المقذوف زانياً ، ولهذا كان حد القذف أحق من الجميع ، وتأخير حد السرقة لما أنه شرع لصيانة الأموال ، والمال تبع .

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أي والحال أن ريح الخمر موجودة في فيه (أو جاءوا به سكران) أي جاءوا به إلى مجلس القاضي حال كونه سكران (فشهد الشهود عليه بذلك) أي بشرب الخمر (فعليه الحد ، وكذا إذا أقر) أن يشرب الخمر (وريحها موجودة) أي والحال أن ريحها موجودة في فيه ، ذكره حين الريح بالتأنيث ، لأن الريح من الأسماء المذكرة السماعة (لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد) أي والحال أن العهد لم يتقادم في الحدود إلا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق على ما يأتي الآن .

(والأصل فيه) أي في هذا الباب (قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ

ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه فان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف « رح » . وقال محمد

(ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه) هذا الحديث رواه الجماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن أبي هريرة ، أخرج حديثه أصحاب السنن إلا الترمذي عن أبي سلمة عنه قال ، قال رسول الله ﷺ إذا سكر فاجلدوه ، ثم إن سكر فاجلدوه فإن عاد الرابعة فاقتلوه ، ورواه ابن حبان « رح » في صحيحه ، وقال معناه إذا استحل ولم يقبل التحريم ، ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

وعن معاوية « رض » أخرج حديثه الجماعة إلا النسائي عن أبي صالح عنه قال : قال رسول الله ﷺ من شرب الخمر فاجلدوه .. الحديث . وعن ابن عمر رضي الله عنهما أخرج حديثه أبو داود قال ، قال رسول الله ﷺ نحوه وقال في الخامسة إن شربها فاقتلوه ، وعن قبيصة بن دويت [1] أخرج حديثه أبو داود عنه أن النبي ﷺ قال من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه ، فأتي برجل قد شرب فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ورفع القتل ، وكانت رخصة ، وفي قصة قبيصة خلاف .

وعن جابر أخرج حديثه ابن ماجة مرفوعاً من شرب الخمر فاجلدوه .. إلى آخره . وعن عبد الله بن عمر وأخرج حديثه الحاكم في المستدرك مرفوعاً نحوه . وعن جرير أخرج حديثه الحاكم أيضاً مرفوعاً نحوه . وعن ابن مسعود « رض » أخرج حديثه الطبراني في معجمه .

(فان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد

---

(١) هكذا رسم الإسم في الأصل وليس كذلك وربما هو ما ورد في تقريب التهذيب قبيصة بن ذؤيب من رواة الجماعة ، اه مصححه .

« رح» يحد ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير انه مقدر بزمان عنده اعتباراً بحد الزنا ، وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر :

يقولون لي إنكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

رحمه الله يحد) وبه قالت الثلاثة (وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد رحمه الله يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير أنه مقدر بالزمان عنده) أي عند محمد « رح » (اعتباراً بحد الزنا) فقدر بشهر ، لأن ما دونه قريب (وهذا) بمعنى تقدير الزمان (لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان) ولا بد من تقدير زمان ، أما أن ذلك بستة أشهر أو شهر واحد ، فعلم في موضع آخر .

(والرائحة قد تكون من غيره) أي من غير شرب الخمر (كما قيل شعر :

يقولون لي إنكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

يروي الثبت بكلمة قد شربت ، وهي رواية المطرزي في المغرب ، وبدونها وهي رواية الفقهاء ، فعلى الأول تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظة ، وعن الثاني تحرك بالكسر بضرورة الشعر ، ولا تسقط . ويجوز تحريك همزة الوصل في الجود والانصاب . قوله إنكه بكسر الهمزة وسكون النون وفتح الكاف وسكون الهاء ، هو أمر من نكه ينكه بأمره بأن ينكه ليعلم أنه شارب هو أو غير شارب ، وأصله من النكهة ، وهي ريح الفم ، ونكهته إذا شممت بحد . قال الجوهري واستنكه الرجل نكهة في وجهين نكه ينكه نكهاً إذا أمره أن ينكه ليعلم أنه شارب أو غير شارب ، وكلامه يدل على أنه يأتي من باب منع يمنع ، ومن باب ضرب ، وهو يتعدى ولا يتعدى ، والمدامة إسم من أسماء الخمر . وقال الأترازي والمدامة بمعى المدام ، وهو الخمر ، قلت لا يحتاج أن يقال بمعنى الخمر ، لأن كليهما من أسماء الخمر .

وعندهما يقدر بزوال الرائحة، لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه، ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على الشرب، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره، والتميز بين الروائح

(وعندهما) أي وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (يقدر) أي التقادم (بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه، فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه) هذا عن عبد الله بن مسعود «رض» غريب بهذا اللفظ. وروى عبد الرزاق في مصنفه ففعلوا ثم عاد به من الغد ودعى بسوط ثم أمر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة، ثم قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه ترتروه أمر من الترترة بتاءين عن عبدالله ابن مسعود رضي الله عنه أنه أتى بسكران قال ترتروه واستنكهوه ومزمزوه، ففعلوا ثم عاد به من العدو ودعا بسوط ثم أمر بخرقة فدقت بين حجرين حتى صارت درة، ثم قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه.

قوله ترتروه أمر من الترترة بتاءين مثناتين من فوق، وهي التحريك، وكذلك مزمزوه أمر من المزمزة بزاءين معجمتين، قال صاحب المغرب الترترة التثلثة، والمزمزة التحريك الشديد. قوله استنكهوه، أمر من الاستنكاه، وهو طلب النكهة، وهي رائحة الفم، وقد مر الكلام فيه آنفاً. وقال أبو عبيد «رح» أنكر بعض أهل العلم هذا الحديث، لأن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقراً بها الرد والإعراض، وعدم الأسماء احتمال الدرء كما فعل رسول الله ﷺ حتى أقر ماعز، فكيف يأمر ابن مسعود «رض» بالتثلثة والترترة والاستنكاه، حتى يظهر سكره، فلو صح فتأويله أنه جاء رجل مولع بالشرب مدمن، فاستجازه كذلك انتهى. قلت ليس في حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه أتى به، وهو مقر حتى يضعف هذا بذاك، وإنما أتى به وهو سكران، فقال ترتروه إلى آخره ليعلم أنه سكران أم لا.

(ولأن قيام الأثر) أي أثر الخمر (من أقوى دلالة على الشرب) أي على قرب العهد (وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره) أي اعتبار الأثر (والتميز بين الروائح

ممكن للمستدل ، وإنما يشتبه على الجهال ، وأما الإقرار فالتقـــادم لا يبطله عنـد محمـــد « رح » ، كما في حد الزنا على ما مر تقريره ، وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحـــة، لأن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود «رض» وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

ممكن للمستدل) هذا جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره (وإنما يشتبـه) أي الأثر (على الجهال) بضم الجيم وتشديد الهاء جمع جاهل ، وأراد بالجهـال الذين لا يميزون الروائح (وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره) أن الإنسان لا يكون متهماً بالنسبة إلى نفسه .

(وعندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (لا يقام الحد إلا عند قيـــام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود «رض» وقد شرط) أي ابن مسعود (قيام الرائحة على ما روينا) بمعنى قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه . وقال الأكمل رحمه الله فيه نظر ، لأن الاجماع عقـد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود . ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود«رض» وهو قيام الرائحة أجمع عليه البـاقون ، وأيضاً كلام ابن مسعود « رض » شرطيـــة ، والشرطية الوجود تقيد الوجود عند الوجود لا غير. جواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط ، بل انتفاء الجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولاً . وأيضاً ذكر في أول الباب أنـــه ثابت بقوله عليـــه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه ، انتهى كلامه .

قلت قوله ولا كذلك لا دليل على مجرد النفي ، وهو لا ينافي الضمان الدليل قوله يقيد الوجوب عند الوجود لا غير ، يعني لا يوجب العدم عند عدمه ، فلهذا يجب الحـــد عند وجود الرائحـــة ، ولا ينعدم عند عدمها . قلت عدم الحكم عند عدم الرائحـــة ، باعتبـــار أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم ، بل لعدم الاجماع على الحد على ذلـــك

فان أخذه الشهود وريحها يوجد منه أو هو سكران، فـذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً ، لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا ، والشاهد لا يتهم به في مثـله . ومن سكر من النبيذ حد

التقدير ، لأن إجماعهم لا يصح بدون رأي ابن مسعود رضي الله عنه ، وهو لم ير الحـد عند انقطاع الرائحة .

فان قلت إن لم يوجد الاجماع فقد وجد النص ، وهو قوله عليـه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه ، وليس فيـه اشتراط الرائحة . قلت قد خص منـه الشرب اضطراراً أو إكراهاً ، فتمكنت الشبهة ، فلا يصح إيجاب الحرية . قوله وهما متنافيين . قلت الحديث من قبل الاحاد ، ولمثله لا يثبت الحد ، والاجماع حجة قطعية ، فيثبت به .

(فإن أخذه الشهود وريحها يوجد منه ، أو هو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام ، فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به) بهذا السكران ، أي انقطع ريح الخمر قبل أن يشهد بهذا السكران إلى الإمام (حد في قولهم) أي قول أئمتنا الثلاثة (جميعاً) يعني بلا خلاف بينهم ، لأن زوال الرائحة بالعذر لا يضر ، وفي المحيط كما لو زالت الرائحـة بالمعالجة ، والأصل فيـه قوماً شهدوا عند عثمان رضي الله عنه على عقبة « رح » بشرب الخمر ، وهو كان بالكوفة ، فحمله عثمان إلى المدينة وأقام عليه الحـد (لأن هذا عذر كبعد المسافـة في حد الزنا ، والشاهد لا يتهم به في مثله) يعني في صورة زوال الرائحة بالعذر .

(ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ على وزن فعيل بمعنى مفعول ، وهو الذي يعمـل من الأشربة من التمر والنبيذ والعسل والحنطة والشعير والذرة والأرز ، ونحو ذلـك من نبذت التمر إذا القيت على غلبته الماء لتخرج على حلاوته البتة . وسواء كان مسكراً أوغير مسكر ، فإنه يقال له نبيذ ، ويقال للمعتصر من العنب نبيذ الماء ، يقال للنبيذ خمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ ، فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياماً لتخرج

حلاوته إلى الماء ، ثم يطبخ أدنى طبخة ، فما دام حلواً يحل شربه ، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم .

وأما النبيذ فهي التي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل به ما دام حلواً وإذا غلا واشتد وقذف الزبد عليه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله الآخر يحل شربه ما دون السكر . وعند محمد والشافعي رحمها الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والنضيخ والنبيذ ، فالنبيذ هو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلواً وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، عن أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي إلا المعدي المسكر .

وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل . وإنما قال ومن سكر من النبيذ قيد بالسكر فيه ، لأنه شرط بخلاف الخمر ، فإنه يجب بشرب قطرة منها بدون السكر بالإجماع ، والحد في غير الخمر لا يجب الا بالسكر ، وبه قال النخعي وأبو وائل . وقال مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي والحسن وقتادة وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم يحل في قليله وكثيره كالخمر والسكر ليس بشرب إذا كان هو المسكر .

(لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن سعيد بن ذي لغوة أن أعرابياً شرب في خلافة عمر رضي الله عنه نبيذاً فسكر فضربه الحد ، قال الدارقطني هذا لا يثبت ، ورواه العقيلي في كتابه وزاد فيه فقال الأعرابي إنما شربته من أداتك ، فقال عمر إنما جلدتك على السكر ، وأعله سعيد هذا مجهول ، قال واستند تضعيفه عن البخاري ، وقال في التنقيح قال ابن المدى سعيد هذا مجهول .

فإن قلت قوله حد غير معلوم ما هو من حيث الكمية . قلت وعدبيانه بقوله (وسنبين

الكــــلام في حد السكر ومقـــدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعـــالى . ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها ، لأن الرائحة محتملة ، وكذا الشرب قـد يقع عن إكراه واضطرار

الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى) ويأتي بيانه في هذا الباب عن قريب .

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) أي تقيأ الخمر (لأن الرائحة) قال الأترازي يرد على تعليله هذا إشكال ، لأنه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن للمستدلة قطع الإجماع إن الإحتمال هنا سكر . ثم قال وتكلف بعضهم في توجيه ذلـك ، فقال الإحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والاحتمال ، كمن لم يعاينه والتمييز بعـــد الاستدلال على وجه الاستقصار . وقال أيضاً أو التمييـز ممكن لمن عاين الشرب والاكال لمن لم يعاينه ، وفيه نظر ، لأن من عاين الشرب بنى الأمر على عيـــان وتعـــين لا على استدلال ويجيء .

وتخمين صاحب الهداية ثبت التمييز في صورة الاستدلال لا صورة العيان ، فقد وقع . إذ كلام هذا الشارح عن كلامه فرقاً ، انتهى . قلت أراد بقوله وتكلف بعضهم فإنه كذا ذكره في شرحه والأكمل أيضاً أخذ كلامه هذا ، وذكره في شرحه وذكر الحوانين واستحسن الجواب الثاني . وقال في وجه حسنه لاشتماله على تغير تفسير المستدل ، فانه يـدل على أن المستدل هو من معه دليل ، وهو معاينة الشرب ، والجاهل هـــو من ليس معه ذلك ، ثم قال ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة (محتملة) على مذهب محمد رحمه الله .

(وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار) على قولهما ، فلا يلزم بشيء ، وحديث عمر رضي الله عنه حجة أيضاً ، فانه لم يحده بوجود الرائحة ، ولا يثبت بمثله الحـد كالبنج ولبن الرماك ، وبه قالت الثلاثة . وفي النهاية وهو مخالف لما ذكر الإمام المحبوبي في جامعه . وعن أبي حنيفة « رح » أن من زال عقله بالبنج إن علم أنه بنج ، فحينئذ لا يقع طلاقـــه وعتاقه ، وإن لم يعلم يقع ، ثم قال والسكر من هذه الأشربة ، وأشار إلى الأشربة المتخذة

فلا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك ، وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الإنزجار ،

من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والشهد والعسل والفرصاد وغيرهما حرام بالإجماع ، لأن السكر من البنج حرام لأنه مأكول غير مشروب ، فمن المشروب أولى بعض المشايخ، قالوا في زماننا الفتوى على ما إذا سكر من البنج يقع طلاقه ويحد لتشوحد [1] لغو هذا الفصل فيما بين الناس .

(ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) هذا مخالف لما ذكره المحبوبي من قوله ، لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب ، وقد ذكرناه الآن بما فيه الكفاية . وقال الأكمل هذا ليس بصحيح ، لأن رواية المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام . وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ، ولا يأتي بينهما انتهى . قلت فيما قاله تقوية لمن يولع بالبنج ، وفيه من الفساد ما لا يخفى . وقال في أشربته الخاصة وشرب البنج للتداوي ، ولا بأس . فان ذهبت بعقله لم يحل ، وإن سكر منه لم يحد عندهما ، خلافاً لمحمد « رح » . قلت ينبغي اليوم أن يفتي بقول محمد « رح » قطعاً لمادة الفساد .

(وكذا شرب المكره لا يوجب الحد) لعدم اختياره (ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الإنزجار) لأنه إذا حد في حال السكر لا يجيء بألم الحد ، حتى يؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه جلس سكران إلى حين يصح ، فلما صح حده وبه قالت الأئمة الثلاثة .

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة « رض » يفرق على بدنـه ، كما في حـد الزنا على ما مر ، ثم يجرد في المشهود من الرواية . وعن محمد « رح » أنـــه لا يجرد إظهاراً للتخفيف ، لانه لم يرد به نص

(وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً) أي حد الخمر كيفما شربها قليلاً كان أو كثيراً بعد أن كان عن طوع سكر أو لم ينكر بسكر ، ولو شرب قطرة وحد السكر بضم السين ، وفي غير الخمر ثمانون سوطاً ، والحد في الخمر غير موقوف على السكر بالاجماع ، وفي غيرها من السكران موقوف على السكر عندنا ، خلافاً للأئمة الثلاثة على ما يجيء في الأشربة إن شاء الله تعالى (لاجماع الصحابة « رض ») أي على الثمانين ، وروى البخاري في صحيحه عن حديث السائب بن يزيد « رض » وقال كذا فعلوا بالشارب على عهـــد الله ﷺ وأمره أبو بكر رضي الله عنه وصدراً من خلافة عمر رضي الله عنه ، فنقوم اليه بابنا ونعالنا وأرديتنا [1] ، حتى كان آخر أمره عمر رضي الله عنه فجلد أربعين ، حتى إذا عتوا فسقوا جلد ثمانين ، ولا ينكر أن عمر رضي الله عنه جلد ثمانين بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينكر عايه أحد منهم فحمل الاجماع .

وبقول قال مالك وأحمد رحمهما الله وفي رواية واختاره ابن المنذر « رح » . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله في رواية أربعون ، فلو ضرب قريباً من ذلك بأطراف الثياب والنعال ، كفى على أصح الوجهين عنه ، ولو رأى الامام أن يجلده ثمانين جاز على الظهر.

(يفرق على بدنه) أي يفرق الثمانون على بدنه (كما في حد الزنا على ما مر) في فصل كيفية الحد (ثم يجرد في المشهود من الرواية) أي ثم يجرد المحدود عن ثيابه في جميــــع الحدود والتعزير إلا الازار احترازاً عن كشف العورة إلا حد القذف ، فانـــه يضرب ، وعليه ثيابه إلا الحشو والفرو ، فان ذلك ينزع وسيجيء بيانه في بابه إن شاء الله تعالى .

(وعن محمد « رح » أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف ، لأنه لم يرد به نص) أي لعـــدم

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة ، فلا يعتبر ثانيــاً وإن كان عبداً فحده أربعون ،لأن الرق منصف على ما عرف

ورود النص بذلــك . وقال الأترازى « رح » . وقال بعضهم في شرحه ، أي نص قاطع فيه نظر ، لأنه لا حاجة إلى التقييد بالقطع ، لأنــه لم يرد بالتحرير نص أصلاً في كتب الحديث . قلت أراد بقوله قال بعضهم الكاكي فانه قال لم يثبت بالنص ، لأنه لم يرد بــه النص القاطع ، كذا قيل ، وهو إيصاؤه به إلى غيره ، وأما الأكمل فانه قال يرد به نص ، أي بالحد نص قاطع أو بالتجريد نص ، وبقول محمد « رح » قالت الثلاثة .

(وجه الظاهر) أي من الرواية (أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد ، حيث لم يجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانياً) من حيث الصفــة بترك التجريــد . وقال الأكمل فيه بحث من وجهين، الأول أنه ليس لأحد المجتهدين التصرف في القدرات الشرعية ، والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف، لأنــه روي أنهم ضربوا في زمان النبي ﷺ بالاكمام وبالأيدي وغير ذلك ، ثم جلد أربعين ، فالتقدير بعد ذلك تغليظ لا تخفيف . والجواب أن قوله إنا أظهرنا التخفيف ، هذا كلام عن السلف المجتمعين ، والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا ، إذ هو الفاعل المختار ، وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفاً منه ، ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم بحد من أظهر التخفيف ،فلم يقدروا انتهى. وأما من أظهر التخفيف الذي كان ثانياً بترك التنصيص، واليه أشار بقوله درء لطائفه [1] .

(وإن كان) أي المحــدود (عبداً فحده أربعون ، لأن الرق) أظهرنا التخفيف درءاً لطائفــة ، وإن كان « أي المحدود التخفيف» عبد يحده أربعون ، لأن الرق (منصف على ما عرف) في فصل كيفية الحد وإقامته . وقال الأترازي على ما عرف ، أي في أصول الفقه .

---

(١) هكذا سياق الكلام في الأصل ، وهو غير مطرد ، وربما فيه خطأ من الناسخ ، اهـ مصححه .

ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد ؛ لأنه خالص حق الله تعالى ، ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ، ويثبت بالإقرار مرة واحدة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يشترط الإقرار مرتين ، وهو نظير الإختلاف في السرقة ، وسنبينها

(ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين هو بنقع التمر إذا غلا ولم يطبخ ، كذا فسره الناطفي في الأجناس . وقال في الخمر السكر كل شراب أسكر . وقال في ديوان الأدب السكر خمر النبيذ . وقال في الجمل السكر شراب . وقال في المغرب السكر عصير الرطب ، والمراد هنا ما ذكر الناطفي ، وإنما خصه بالذكر مع أن الحكم سائر الأشربة كذلك ، حيث يصح رجوعه ، لأن السكر كان الغالب في بلادهم .

قال الأترازي ولا يروى السكر بضم السين ، لأن شرب الخمر محال ، اللهم إلا إذا قيل أنه معطوف على الشرب لا على الخمر ، على أن معنى أقر بشرب الخمر أو أقر بالسكر فذلك صحيح من حيث العربية ، لكن الإسماع لم يقع إلا على الأول ولكن الإقرار بالسكر لا يخلو إما أن يكون بعد زوال السكر ، أو حال السكر ، فالأول لا يجوز للتقادم . والثاني أيضاً لا يجوز ، لأن السكر لا يحل يحد بإقرار وهي مسألة آخر الكتاب . ورأيت في نسخة شيخي العلامة للبرهاني رحمه الله بفتحتين . وكتب نسخة بخط شيخي وكتب على الحاشية ، والرواية الصحيحة في الكتب السكر بفتح السين . ويروى بضم السين ، ثم قال هكذا فادني شيخي رحمه الله .

(ثم رجع لا يحد ، لأنه خالص حق الله تعالى) لأنه لا يكذب له في الرجوع ، وهو خالص حق الله تعالى ، فصار كالرجوع في الإقرار بالزنا (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ، ويثبت بالإقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وعامة أهل العلم .

(وعن أبي يوسف « رح ») وهو قول زفر « رح » (أنه يشترط الإقرار مرتين) في مجلسين اعتباراً لعدم الإقرار بعد المشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة ، وسنبينها

هناك إن شاء الله تعالى . ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ، لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان . والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً

هناك إن شاء الله تعالى) أي سنبين هذه المسألة في السرقة إن شاء الله تعالى (ولايقبل فيه) أي في حد الشرب (شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم فيه خلاف (لأن فيها) أي في شهادة النساء مع الرجال (شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) ذكر هذه الأشياءالثلاثة إشارة إلى ما في قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة إلى قوله ﴿ فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ ، من رجالكم ، أي من أهل ملتكم . أما شبهة البدلية ، فلأن الله تعالى أثبت شهادتين مع الرجال عند عدم محض الرجال وما يكون عند عدم شيء آخر يكون كالبدل عنه ، كما في الوضوء والماء .

قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية ، لأن شهادة النساء في المواضع التي حازت شهادتين يجوز من غير ضرورة العجزعن إشهاد الرجال ، بخلاف سائر الأبدال . وأما تهمة الضلال فلأن الله تعالى قال ﴿ أن تضل إحداهما ﴾ ٢٨٢ البقرة ، أي أن لاتصدق إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى أن لا تهتدي إحداهما للشهادة ، من ضل الطريق إذا لم يهتد اليه ، فتذكر الأخرى . وأما النسيان فيؤخذ من تذكير إحداهما الأخرى . وفي التفسير الضلال النسيان ، فالمعنى على هذا من أضل ، أي تضل إحداهما الشهادة ، أي تنسى فتذكرها الأخرى ، فعلى هذا يكون قوله والنسيان بالعطف على الضلال عطف تفسير ، كذا قاله شيخي العلامة .

فاذا كان كذلك صارت البدلية والنسيان شبهة ، فلم يسمع شهادتين في باب الحدود ، لأنها تندرىء بالشبهات كالشهادة لا تسمع في باب الحدود ، يؤيده ما روي عن الظهري أنه قال مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في باب الحدود والقصاص .

(والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً) قال الجوهري المنطق الكلام ،رقد

لا قليلاً ولا كثيراً ، ولا يعقـل الرجـل من المرأة . وقال العبد الضعيف هذا عند أبي حنيفة « رح » وقالا هو الذي يهـذي ويختلط كلامه ، لأنه هو السكران في العرف ، واليه مال أكـثر المشايخ « رح »

نطق منطقاً وأنطقه غيره (لا قليلا ولا كثيراً) أي لا منطقاً قليلا ولا منطقاً كثيراً (ولا يعقل الرجل من المرأة) وفي الفوائد الظهيرية ولا يعرف الأرض من السماء .

(قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (وهذا) أي المذكور في حد السكران (عند أبي حنيفه رضي الله عنه) إنما بين الخلاف بقوله لأن المذكور أولاً من مسائل الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه الخلاف .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أي السكران (الذي يهذي) بفتح الياء وسكون الهاء وكسر الذال المعجمة . قال الجوهري هذا في منطقه يهذي ويهذو هذواً وهذياً . قلت الهذيان كلام محيط مختلط من غير أن يفيد شيئـاً (ويخلط كلامه) يصلح أن يكون تفسيراً مميزاً لقوله يهذي (لأنه) أي لأن الـذي يهذي ويخلط كلامه (هو السكران في العرف) أي في عرف الناس وعادتهم ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك وأبو ثور رحمهم الله . وإن كان نصف كلامه هذياناً ، ونصفه مستقيماً فليس بسكران (واليه) أي إلى قولهما (مال أكثر المشايخ « رح ») كذا في المبسوط ، واختاره للفتوى.

وعن بشر بن الوليد « رض » سألت أبا يوسف من السكران الذي عليه الحـد ، قال يستقرأ أن يقرأ ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ولا يقدر عليـه . فقلت له غير هذه السورة ، وربما أخطأ فيه الصاحي ، قال لأن الله تعالى بين الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران ، لأن واحد من الصحابة صلى بالناس قبل تحريم الخمر وكان سكران ، وقرأ هذه السورة ، بخلاف ما أنزلت ، فنزل قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ﴾ ٤٣ النساء ، فثبت أنه إذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف أنه سكران ، كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله ، يدل عليه ما حدثه الترمذي « رح » في جامعه باسناده إلى

ولـه أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحد، ونهاية السكران أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ،

عبد الرحمن السلمي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال صنع لنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طعاماً ، فدعانا وسقانا من الخمر ، فأخذت الخمر منا ، وحضرت الصلاه فقدموني فقرأت ﴿ قل يا أيها الكافرون،لا أعبد ما تعبدون ﴾ونحن لعبدنا تعبدون ، قال فأقول لما أنزل الله عز وجل ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ٤٣ النساء .

وقال السكاكي وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ، ثم أن بعض الشرطة أتى بسكران إلى أمير بلخ ، فأمر الأمير أن يقرأ هذه السورة ، فقال السكران له اقرأ أنت سورة الفاتحة ، فلما قال الأمير الحمد لله ، قال له السكران قف أخطأت من وجهين ، أحدهما أنك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة ، والثاني تركت التسمية وهي آية من أول الفاتحة عن بعض الأئمة والقراء ، فخجل الأمير وجعل يضرب الشرطي ويقول له أمرتك أن تأتيني بسكران فأتيتني بمقرىء بلخ .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحد) أي دفعاً له ، ألا ترى أن في الزنا يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة ، وفي السرقة يعتبر الأخذ من الحرز التام ، فكذا هنا اعتبر أقصى غايات السكر ، وهو أن يبلغ مبلغاً لا يعرف الأرض من السماء والرجل من المرأة . وإذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من سائر الأشربة المحرمة لا يحد ، لأن السكر تناقص في النقصان شبهة العدم ، بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر أصلاً ، لأن حرمتها غليظة قطعية ، لأنها اجتهادية .

(ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل ، فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) يعني إذا كان يميز بين الأشياء ، عرفنا أنه مستعمل لعقله مع غاية في السرور ، فلا يكون ذلك نهاية في السرور وفي النقصان شبهة العدم ، والحدود تندرىء بالشبهات بالزمان .

والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط . والشافعي « رح » يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت ، فلا معنى لاعتباره، ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره ، فيحتال لدرئه ، لأنه خالص حق الله تعالى ،

(والمعتبر في القدح المسكر) يعني في الأشربة المحرمة غير الخمر المعتبر في القدح الذي يحصل به السكر (في حق الحرمة ما قالاه) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو الذي يهذي ويخلط كلامه .

حاصل الكلام المبلغ في السكر هو الذي قالاه ، وأشار بقوله (بالاجماع أخذاً) أي أن أبا حنيفة درأ الحد (بالاحتياط) فاعتبر في إيجاب الحد النهاية ، إذ الاحتياط في الدرء واعتبر في حق الشرب ما قالاه ، لأن الاحتياط فيه (والشافعي « رح» يعتبر) يعني السكر (ظهور أثره) أي أثر السكر (في مشيته) بكسر الميم (وحركاته وأطرافه) أي في يديه ورجليه . وقال الأترازي وصاحب الهداية في هذا الكلام فخر الاسلام السردرى قال في شرح الجامع الصغير إذا ظهر أثره في مشيته وأطرافه وحركاته فهو السكران . ولنا فيه نظر ، لأن الشافعي « رح » يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر به جنسه . وإن قيل وهو المذكور في كتبهم ، ولا يعتبر السكر أصلاً .

(وهذا) أى الذى قاله الشافعي « رح» (مما يتفاوت) لأن كم من صاح يتمايل ويلزق في مشيته ، وكم من سكران ثابت في مشيته ولا يتمايل (فلا معنى لاعتباره) أى لاعتبار ما قاله ، لأنه لا يكون دليلاً (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) يعني بالحدود الخالصة حقاً لله تعالى ، نحو حد الزنا والشرب والسرقة (لزيادة احتمال الكذب في إقراره) لأن الاقرار خبر محتمل الكذب ، فاذا صدر من سكران فهذا زيادة احتمال كذبه ، فاذا كان كذلك (فيحتال لدرئه) لأن الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها (لأنه خالص حق الله تعالى) إلا أنه يضمن المروق ، لأنه حق العبد .

بخلاف حد القذف، لأن فيه حق العبد، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته، لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح». وفي ظاهر الرواية تكون ردة.

(بخلاف حد القذف ، لأنه فيه حق العبد) إلا أنه يحدحد القذف إذا صح (والسكران فيه) أى في حق العبد (كالصاحي عقوبة عليه ، كما في سائر تصرفاته) كالقصاص أقر على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح إقراره .

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته) في الاستحسان . وفي القياس تبين كذا في المبسوط (لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق) الاعتقاد (مع السكر ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وفي ظاهر الرواية تكون ردة) لأن كلامه هذا هذيان لا إقرار له، والله أعلم بالصواب .

* * *

باب حد القذف

وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً ،

(باب حد القذف)

أي هذا باب في بيان حكم حد القذف ، وهو في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة ، فكان القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه ورمى المقذوف والقذف من الكبائر بإجماع الأئمة ، لقوله ﷺ اجتنبوا الموبقات قيـــل ما هن يا رسول الله ﷺ ، قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرمها الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات ، متفق عليه .

(وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة) أي أو قذف امرأة (محصنة بصريح الزنا) بأن قال المحصن يا زاني ، والمحصنة يا زانية ، أو قال يا ولد الزنا ، أو يا ابن الزنا ، أو لست لأبيك وأمه حرة مسلمة (وطالب المقذوف بالحد) أي طالب المقذوف القاذف عند الحاكم (يحده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً) هذا مشتمل على قيود :

الأول : وجود الحد بالقذف ، سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة .

الثاني : أن يكون القاذف من أهل العقوبة ، وإلا فلا حد عليه كالصبي والمجنون .

الثالث : التقييد بصريح الزنا ، لأن حد القذف لا يجب بالكتابة ، حتى لو قال رجل لرجل يا زاني ، فقال رجل آخر صدقت لم يحـــد المصدق ، لأنه ما صرح بنسبتـــه إلى الزنا بتصديقه إياه .

الرابع : أن يطالب المقذوف والأقذف ترك حقه ، فلا يستوي الحد حينئذ .

لقوله تعـــالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ إلى أن قال ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية٤ النور، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع، وفي النص إشارة اليـــه وهو اشتراط أربعة من الشهداء، إذ هو مختص بالزنا،

الخامس : قيد بالحر ، لأن القاذف إذا كان عبداً فحده أربعون على ما يأتي .

السادس : قيد الرجل ثمانين في الحر ، لأن ذلك منصوص في الآية .

السابع : الشرط كون المقذوف محصناً على ما يأتي .

(لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ إلى أن قال ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾.. الآية ٤ النور ، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع) أي بإجماع العلماء . قال الأكمـــل « رح » ملخصاً من كلام صاحب النهاية . واعترض أن التقييـــد بصريح الزنا غير مقيد لتحققـــه بدونه بأن قال لست لأبيـــك ، وكان القياس أن لا يجب المطالبة ، لأن حق الله فيـــه غالب ، والمغلوب فيمقابلته كالمستهلك وحيث فليست مطالبـة المقذوف بلازمة ، فإن ابنه إذا طالبه حد .

والجواب أنه إذا قذفه بصريح ووجد الشروط وجب الحد لا محالة ، فتلك قضيـــة صادقة . وأما إذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس [1] لأن التقييـــد لإخراج ما كان فيه بطريق الكتابة ، مثل أن يقول يا زاني ، فقال الآخر صدقت لا لاخر لما ذكرت وحق العبد ، وإن كان مغلوباً لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالاً للدرء ، وابن المقذوف إنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف،ولهذا لم يكن له حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه .

(وفي النص إشارة اليه) أي إلى الرمي بالزنا (وهذا شرط [2] أربعة من الشهـــداء) حيث قال فإن لم يأتوا بالشهداء (إذ هو مختص بالزنا) الضمير في إذ هو يرجع إلى اشتراط

---

(١) هكذا في الأصل .

(٢) وهو اشتراط أربعة – هامش .

ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا . قال ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا ، ولا يجرد من ثيابه ، لان سببه غير مقطوع به ، فلا يقــام على الشدة ، بخلاف حد الزنا ، غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو ، لان ذلـك يمنع إيصال الالم به ، وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق

الأربعة ، معناه أن الزنا هو المختص بأربعه شهداء (ويشترط مطالبة المقذوف ، لأن فيـه حقه من حيث دفع العار) صورة المطالبة أن يقول هذا قذفني وأن لي عليه حد القذف فأنا أطالبه بذلك . وسأل تاج الشريعة « رح » بأن الغلبة فيه لحق أبيه ، فلا يشترط الطلب . قلت الجواب قد مر آنفاً من كلام صاحب النهاية والهداية (وإحصان المقــذوف) أي يشترط إحصان المقذوف (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ٤ النـــور .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (ويفرق على أعضائـه) أي يفرق الضرب على أعضاء القاذف (لما مر في حد الزنا) أن الجمع في عضو واحد قـد يفضي إلى التلف ، وإنما يفرق على الأعضاء ما خلا الوجه والرأس والفرج (ولا يجرد من ثيابـه) هذا أيضاً لفظ القدوري (لأن سببه) أي سبب الحد وهو القذف (غير مقطوع به) لاحتمال كون القاذف صادقاً في القذف في الواقع ، وإن كان عاجزاً عن إقامة البينة على ما قــذف ، لاشتراط أمور في الشهــادة على المقذوف ، فلما يتهيأ للشهود تحقيق ذلك عند القــاضي فلما جرى في القذف احتمال الصدق لم يجرد من ثيابه طلباً للخفة في إقامة الحد ، وهومعنى (فلا يقام على الشدة ، بخلاف حد الزنا) سببه مقطوع به لثبوته بالبينة أو بالإقرار ، فيجرد الذي يقام عليه الحد ، إلا الإزار توقياً عن كشف العورة ، فيقام على الشدة ، إلا شارب الخمر فإنه لا يجرد وقد مر .

(غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو ، لأن ذلك) أي الفرو والحشو (يمنع إيصال الألم به) أي بالمحدود (وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق) وقد مر أي الرق

والإحصان أن يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا أما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الإحصان ، قال الله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء أي الحرائر .

منصف (والإحصان) شرع في بيان شروط الإحصان ، وهي خمسة فبينها بقوله (أن يكون المقذوف حراً عاقلا بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا) هذا باتفاق العلماء ، إلا ما روي عن داود الظاهري « رح » أنه أوجب الحد على قاذف العبد . وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى «رح» يجب أن يحد بقذف الذمية التي لها ولد مسلم . وعن أحمد في رواية لا يشترط البلوغ ، بل يشترط بحيث أن يكون يجامع . وفي الأصح يشترط كالعلامة . قوله والإحصان إلى قوله عن فعل الزنا لفظ القدوري في مختصره .

وشرع المصنف في تبيين كل ذلك بدلائله فقال (وأما الحرية فلأنه ينطلق عليه اسم الإحصان ، قال الله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء ، أي الحرائر) يعني إن شاء الله تعالى ، أراد بقوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، الحرائر ، لا الإماء ، فدل على أن الرقيق ليس بمحصن .

وقال تاج الشريعة ، فإن قلت قال الله عز وجل ﴿ فإذا أحصن ﴾ والمراد منه الاماء . قلت الاحصان يذكر ويراد منه الحرائر فشرطنا الحرية احتيالاً للدرء .

وقال الكاكي فإن قيل المحصنات جاءت في القرآن بأربع معان ، أحدها بمعنى العفائف . والثاني بمعنى الحرائر . والثالث بمعنى زوجات ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ والرابع بمعنى الاسلام ، قال الله تعالى ﴿ فإذا أحصن ﴾ قال ابن مسعود رضي الله عنها إحصانها إسلامها ، فيمكن أن يكون العبد محصناً بجهة ، وغير محصن بجهة ، فكيف يلزم أن يكون الحرية شرط الاحصان في القذف . قلنا لما لم يكن العبد محصناً من وجه لم يدخل تحت الآية لقصوره فيه ، وعليه أجمع الفقهاء .

والعقــل والبلوغ ، لان العـار لا يلحـق بالصبي والمجنون لعــدم تحقق فعل الزنا منهمــا . والإسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن . والعفة، لان غير العفيف لا يلحقه العار ، وكذا القاذف صادق فيه . ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فإنه يحد ، وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لانه

(والعقل والبلوغ ، لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنامنهما) أي من الصبي والمجنون ، وبقوله قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله ، إلا أن مالكاً قال في المحصنة التي يجامع مثلها تحد فاذنها وإن لم تكن محصنة .

فان قيل لو لم يتحقق قبل الزنا منها ، فينبغي أن يجب الحــد على قاذف المجنون زنى حالة جنونه ، ولا يحد ، وإن قذفه بعد قاذفه . أجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعــل الزنا منها الزنا الذي يأثم صاحبه ولم يتحقق الزنا الموجب للإثم لعدم الخطــاب . وأما الوطء الذي هو غير مملوك قد يتحقق منها ، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقاً قذفه ، فلا يجب الحد على القاذف ، ولا على المقذوف كمن قذف رجلاً وطىء الشبهــة أو وطىء جاريته المشتركة بينه وبين غيره .

(والاسلام) وأما شرط الاسلام (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (من أشرك بالله فليس بمحصن) هذا الحديث قد تقدم في حد الزنا ، رواه إسحــاق بن راهويه باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ وسر الكلام فيه هناك .

(والعفة) أي وأما اشتراط العفة عن فعل الزنا (لأن غير العفيف يلحقه العــار) بالنسبة إلى الزنا (وكذا القاذف الصادق فيه) فلا يحد .

(ومن نفى نسب غيره وقال لست لأبيك فانه يحد) لأن معناه أمك زانية أو زنت فولدتك من الزنا ، فلما كان في الحقيقة قذفاً للأم يشترط أن الأم محصنة حتى يحدالقاذف ، وإلا فلا ، وهذا معنى قوله (وهذا) أي وجود الحد (إذا كانت أمه حرة مسلمة ، لأنه

في الحقيقة قذف لامه ، لان النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره

ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعي له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد ، لان عند الغضب يراد به حقيقة سباً له ،

في الحقيقة) أي في نفس الأمر هذا (قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره) تقريره أن فرض المسألة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ، ونسبه من الأم ثابت بسفين[1] ، وخفاه عن الأب المعروف ، فكان دليلا بأنه زنى بأمه ، وفي ذلك قذف لأمه لا محالة . وقال الكاكي « رح » ، وفي قوله هذا قذف لأمه بالزنا فكأنه قال أمك زانية ، لأنه متى لم يكن من غير أبيه ضرورة ، ولا نكاح لغير أبيه ، فكان في نفسه من أمه إلى الزنا ضرورة .

فان قيل جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ، ولا يكون ثابت أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة . قلنا إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان ، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية فعرف أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم ، إلا أن مالكاً لا يشترط كون أمه وأبيه مسلمين حرين ، بل يشترط نفي الإحصان ، وبه قال أحمد « رح » في روايته، وفي المبسوط وجوب الحد ها هنا بطريق الاستحسان لا القياس ، وفي القياس لا يجب إنا تركنا كالقيام بأثر ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لا يحد في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه .

فان قلت هذا كله إذا قال لست لأبيك، فاذا قال لست لأمك ما حكمه . قلت لا يحد، وبه صرح في التحفه ، لأنه صدق لأن النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات . وقال الأترازي يشترط في قوله ليست أن يكون على سبيل الغضب ، وإن كان في غير غضب فلا حد بدليل المسألة التي تلي هذه .

(ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعي له) وفي بعض النسخ يدعي اليه (يحد ، ولو قال في غير غضب لا يحد ، لأن عند الغضب يراد به حقيقة سباً له)

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل وربما هي - بيقين .

وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه في أسبـــاب المروءة . ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد ، لأنه صادق في كلامـــه ، ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً ، لأنه قد ينسب اليه مجـــازاً . ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف ، لأنـه قذف محصنة بعد موتها ،

أي شتماً له فيحد ، لأنه يصير قاذفاً لأمه (وفي غيره) أى في غير غضب (يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه) وفي بعض النسخ أباه بالباء الموحدة (في أسبـاب المروءة) منهـــا الأخلاق الجميلة ، وعن المعاشرة مع الأصحاب وإظهار الكرم .

فإن قيل ما الفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرهما لست بابن فلان ولا إبن فلانة ، وهي أمه التي يدعى لها حيث لا يكون قذفاً ، مع أن القذف يرادبهذا اللفظ. أجيب بأن قوله ولا إبن فلانة ، يعني أن أمه وإنما ينتفي منها بانتفاء الولادة ، وكان نفيـاً للولادة ونفي الولادة نفي للوطء ، ونفي الوطء نفي الزنا ، بخلاف ما إذا لم يصل لـــك بمعنى ، ولا ابن فلانة نفي من الوالد وولادة الولد ثابتة من أمه ، فصار كأنه قال أنت ولد الزنا ، كذا في الذخيرة .

(ولو قال لست بابن فلان يعني جده) يعني أراد به جده لا أباه (لم يحد ، لأنـــه صادق في كلامه) لأنه في الحقيقة ابن أبيه لا جده (ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً ، لأنه قد ينسب اليه مجازاً) قال الله تعالى ﴿ يا بني آدم ﴾ ولمالك « رح » في الحدود روايتان ، إلا أن يتهم جده بأمه أو أراد المسألة ويجب الحد رواية واحدة .

(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه) أي والحال أن أمه (ميتة محصنة ، فطـالب الإبن بحده حد القاذف ، لأنه قذف محصنة بعد موتها) والموت لا يزيد الإحصان بل يؤكده ، وإنما قيد بكون الأم محصنة ، لأن الحد لا يجب على قاذف غير محصن ، لأن الله تعـــالى شرط الإحصان بالأبد ، ثم الاحصان يثبت بإقرار القاذف أو بالبينة على المقذوف، والبينة رجلان أو رجل وامرأتان عندنا خلافاً لزفر ، فانه يشترط رجلين ، فان أنكر القـاذف

ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه ، وهو الوالد والولد ، لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية ، فيكون القذف متناولاً له معنى . وعن الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة لكل وارث ؛ لأن حد القذف يورث عنده على ما نبين ، وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الإرث، بل لما ذكرناه ، ولهذا

عن البينة لا يستحق القاذف ، فالقول قوله ، لأن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق ، فلا يثبت إحصانها بالظاهر ، وإنما كانت المطالبة بالحد إلى الابن ، لأن القذف بعد الموت ألحق الشتم بالابن ، فكان حق المطالبة له لدفع العار عن نفسه .

(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح) أي الطعن (في نسبه بقذفه ، وهو الوالد والولد) وقال الفقيه أبو الليث « رح » يعني الوالد والجد وإن علا ، وولد الولد وإن سفل ، لأن الجد يسمى أباً وولد الولد يسمى ابناً ، وليس للأخ والأخت والعم بأن يأخذوا بالحد (لأن العار يلتحق به) أي بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى) أي من حيث المعنى ورد بأن التعليل بالحرية غير صحيح لتخلف الحكم عنها ، وإذا كان المقذوف حياً غائباً ، فانه ليس لأحد أن يأخذ بحده إذ ذاك. وأجيب بأن الأصل في الباب هو القذف لا محالة وغيره ممن بينه وبين حريته يقوم مقامه ، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس عن الأصل ، وإنما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته .

(وعند الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة لكل وارث ، لأن حد القذف يورث عنده) أي عند الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة (على ما نبين) أي عند قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد . وقال الشافعي « رح » لا يبطل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله ، فمن يرثه ثلاثة أوجه ، أحدها أنه يريد جمع الورثة ، والثاني غير من ترث بالزوجية ، والثالث يرثه العصبات دون غيرهم .

(وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث ، بل لما ذكرناه) وهو بحق العلة (ولهذا)

ثبتت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الإبن خلافاً لمحمد « رح » ، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد ، خلافاً لزفر « رح » . وإذا كان المقذوف محصناً جاز لإبنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد

أي ولأجل ولاية المطالبة للخوف من العار (ثبتت) أي المطالبة (عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد رحمه الله) فانه روي عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد الميت ، لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه ، فلا يلحقه الشين بزنا أمه ، ألا ترى أنه لا يدخل ابن الميت البنت في الوقف على أولاده وأولاد أولاده. وفي الواقعات والفتوى على قول محمد . وفي ظاهر الرواية الميت النسب يثبت منه، ويصير الولد به كريم الطرفين ، فكان المقذوف ميتاً دلالة ، أما الوقف فهو ممنوع على رواية الحصان « رح »[1] وليس مسلم ، فالوقف في معنى الوصية التي هي أخت الميراث والولد فيه يثبت إلى الأب دون الأم ، ألا ترى أنه لا يحجب عن النصف والزوجة عن الربع ويحجبها ولد الابن ، فكذلك الحكم في الوقف .

(ويثبت) أي المطالبة (لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر رحمه الله) فانه يقول ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم ، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد ، واعتبر هذا بطلب الكفارة ، فانه لا خصومة فيه للأبعد مع بقاء الأقرب ، ونحن نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين نسبة اليه ، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في ابنه فان خاصم يقام الحد لخصومته ، بخلاف القذف، فان حق الخصومة باعتبار تناول القاذف من عرضة مقصوداً ، وذلك لا يوجد في حق ولده، بخلاف الكفارة فان طلبها إنما يثبت للاقرار لقوله ﷺ الانكاح إلى العصبات وفي الحكم المركب على العصوبة يتقدم الأقرب على الأبعد .

(وإذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) هذا لفظ

---

(١) هكذا الاسم في الأصل .

خلافاً لزفر « رح » ، هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الإرث عندنا، فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى.
ولنا أنه عيره بقذف محصن، فيأخذه بالحد ، وهذا لأن

القدوري في مختصره ، وهذا إذا كان المقذوف ميتاً ، لأنه إذا كان حياً ليس للابن أن يطالب بالحد وإن كان المقذوف غائباً ، وإنما لم يعده القدوري « رح » بالميت ، لأنه ساق كلامه في قذف الميت قبل ذكر هذا ، حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف للميت ، إلا من يقع القدح في نسبته .

(خلافاً لزفر « رح ») فإنه يقول ليس له أن يطالب بالحد (وهو) أي زفر « رح » (يقول القذف يتناوله) أي الابن (معنى) أي من حيث المعنى لا من حيث الصورة (لرجوع العار اليه ، وليس طريقه الإرث عندنا) لأن حد القذف لا يورث (فصار كما إذا كان متناولاً له) أي للابن أو العبد (صورة ومعنى) في رجوع العار اليه بأن قذفه إنسان بالزنا ابتداء لا يجب الحد ، لعدم الإحصان لكفره أو رقه ، فكذا هذا ، حاصله لو كان متناولاً له صورة ومعنى فإن قذفه إنسان كما ذكرنا لم يجب عليه الحد لعدم الاحصان المقذوف ، فكذا هذا إذا تناوله معنى قيل قوله وليس طريقه الارث غير مقيد له في هذا المقام ، لأنه لو كان طريقه الارث أيضاً لم يكن له أن يخاصم ، لأن المانع عن الارث موجود ، وهو الكفر أو الرق ، وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على الغائب لقذفه أمه أو المقذوف نفس هذا الابن لا الكفر لا يجوز أن يكون لأجل أمه ، لأن الحد لا يورث ، ولا أن يكون لأجل نفسه ، لأنه ليس بمحصن .

(ولنا أنه) أي أن القاذف (عيره) بالعين المهملة ، أي رماه بالعار ، يعني القاذف عير الابن الكافر أو العبد (بقذف محصن) وهذا ظاهر ، لأن فرض المسألة فيه (فيأخذه بالحد) لأن كل من عير بقذف محصن جاز أن يؤخذ بحده (وهذا) إيضاح لما قبله (لأن

الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده ، والكفر لا ينافي أهلية الإستحقاق، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه ، لأنه لم يوجد التعيير على الكمال بفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا، وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة، لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده، وكذا الأب بسبب ابنه،

الاحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده) فجاز له أن يأخذ بالحد .

(والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق) قال تاج الشريعة « رح » ، ولهذا تستحق الحقوق الراجعة إلى المعاملات كالديون ونحوها . وقال الأكمل « رح » فان قيل جاز أن يكون المانع موجوداً ، فلا يثبت الحكم على المقتضى ، فأجاب بقوله والكفر لا ينافي أهل الاستحقاق استحقاق أهلية الخصومة ، لأن استحقاقها باعتبار لحوق الشين، وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك ، لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر .

(بخلاف ما إذا تناول القذف ، لأنه لم يوجد التعيير على الكمال بفقد الاحصان في المنسوب إلى الزنا) لأن شرط وجوب الحد الاحصان ولم يوجد (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) هذا لفظ القدوري « رح » صفة صورة قذف عبده والعبد أم نسبة محصنة (ولا للابن) أي وليس للابن أيضاً (أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) وفي الايضاح ولا حد وإن علا ، ولا ابنه ولا أم أمه وإن لم يحلف، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في رواية . وقال مالك في المشهور للإبن أن يطالب أباه بقذف أمه به ، قاله أبو ثور « رح » وابن المنذر (لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده) أي سائر الحقوق ، ولهذا إذا قتله لا يقتل به ، فكذا لا يحد بعبده .

(وكذا الأب) أي وكذا لا يعاقب الأب (بسبب ابنه) لأن الولد مأمور بتعظيم

ولهذا لا يقـــاد الولد بولده ولا السيد بعبده، ولو كان لهـــا ابن من غيره له أن يطالب بالحد لتحقق السبب وانعدام المانع. ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحـــد. وقال الشافعي «رح» لا يبطل، ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا،

الأبوين وممنوع عن اضرابها، ولهذا نهى عن التأقيت والضرر في الحـــد أكثر من ضرر التأقيت، فيمتنع عنه كما يمنع من التأقيت (وبهذا [1]) أي وبعدم جواز معاقبة الوالد لأجل ولده (لا يقاد الولد بولده) أي إذا قتله لا يقتص لأجله، وهذا لفظ الحديث قـد روي عن النبي ﷺ لا يقاد والد بولده.

(ولا السيد بعبـــده) رواه الترمذي وابن ماجة «رح» عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ، ولفظه لا يقاد الوالد بالولد، انتهى وأخرج الحاكم في المستـدرك عنه في حديث طويل، ولفظه لو لم يسمع رسول الله ﷺ يقول لا يقاد مملوك عن مالك، ولا ولد عن والده لا حد فيها اقذفها.. الحديث في قصة جارية مع سيدها ولا سيـد، أي ولا يقاد سيد بعبده إذا قتله ليس في الحديث، ولا سيد بعبده، وقد بيناه.

(ولو كان لها ابن من غيره) أي من غير القاذف، صورة ما قال الحـــاكم في الكافي رجل قال لابنه يا ابن الزانية وأمه ميتة، ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد (له أن يطالب بالحد لتحقق السبب) أي سبب وجوب الحد وهو القذف (وانعدام المانع) أي ولأجل انعدام المانع، لأن المانع عن إقامة الحد في حق الابن ولم يوجد في حق أخيـه، وهو الأبوة يجب الحد إذا طالبه.

(ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد. وقال الشافعي رحمه الله لا يبطـــل) الحد بموت المقذوف (ولو مات) أي المقذوف (بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا

---

(1) ولهذا ــ هامش.

خلافاً له بناء على أنه يورث عنده ، وعنـــدنا لا يورث ، ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد ، فإنه شرع لدفع العـــار عن المقذوف ، وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه حق العبد ، ثم أنه شرع زاجراً ، ومنـــه سمي حداً ؛ والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد ،

خلافاً له) أي للشافعي « رح » (بناء على أنه يورث عنده) أي بني هذا الخلاف بناء على أن حد القذف يورث عند الشافعي (وعندنا لا يورث ،ولا خلاف أن فيه) أي في حد القذف (حق الشرع وحق العبد) وهذا لا خلاف فيه ، أما كونه حق الشرع فمن حيث أن نفعه يقع عاماً باخلاء العالم عن الفساد ، لأنه ليس ثمة آدمي مختص به ، وأما كونه حق العبد فلأن فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف ثم حق الله تعالى لايجرى فيه الارث ولا يجرى فيه التداخل ولا يسقط باسقاط العبد .

وحق العبد يجرى فيه الارث ، ولا يجرى فيه التداخل ، وأسقط باسقاطه ، وقد أشار المصنف إلى هذا بقوله (فانه) أي فان حد القذف (شرع لدفع العار عن المقذوف ، وهو الذى ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه) قال تاج الشريعة « رح » ، أي من دذين الوجهين وهو قوله فانه شرع لدفع العار عن المقذوف ، وقوله الذى ينتفع به على الخصوص مقدم الوجهين وجهاً ، وذكر في الجامع الصغير الوجهين في (حق العبـد) لان هذا يرجع اليه لا إلى الشرع .

(ثم أنه) أي أن حد القذف (شرع) حال كونه (زاجراً) لانـــه تزجر المقذوف (ومنه) أي ومن كونه شرع زاجراً (سمي حداً) وقد مضى الكلام في معنى الحد في أول كتاب الحدود . وقال تاج الشريعة حداً يدل على أنـــه حق الله ، لان ما يجب لله تعالى يسمى حداً كما في حد السرقـة ، وحد الزنا وحد الشرب وما يجب للعبـد لا يسمى حداً ، بل سمي قصاصاً وتعزيراً .

(والمقصود) أي القصد (من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد) إذ لولا الزواجر

وهذه الآية حق الشرع ، وبكل ذلك تشهد الأحكام وإذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغناء الشرع ، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع ، لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه ،

لفسدت أحوال الناس (وهذه الآية حق الشرع) أي وهذا المذكور علامة حق الشرع (وبكل ذلك) أى وبكل ما ذكر من حق الشرع وحق العبد (تشهد الأحكام) أما الأحكام التي تشهد على أن حد القذف حق العبد ، فاشتراط الدعوى في عدم بطلانه بالتقادم ، وانه يجب على المستأمن ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار ويقيمها القاضي بعلم نفسه ، ولا يخلف القاذف ، وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى أن الاقامة للإمام والتنصيف بالرق وأنه لا ينقلب ما لا عنده سقوط .

(وإذا تعارضت الجهتان) أى جهة حق الشرع ، وجهة حق العبد (فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد) قال ابن دريد يقال غالب الرجل على فلان إذا حكم له بالغلب (تقديماً لحق العبد) أى لاجل تقديم حق العبد (باعتبار حاجته) حد (وغناءالشرع) مرعياً به حق العبد أولى بدفع حاجته وبه قال مالك وأحمد (ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لله تعالى ، لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه) يعني لو صرنا إلى تغليب حق الشرع يكون بعضهم حق لله تعالى مع كون حق العبد مرعياً ، لان مولى العبد له أن يستوفي ما للعبد على الناس دون العكس ، وإنما يرجح حق العبد في مواضع يلزم من اعتبار حق الله تعالى إهدار حق العبد لانتهاء وفاء لحق الله تعالى ، لان الله غني والعبد محتاج ، وهاهنا إن ترك الرعاية في حق الوارث من وجه لكن فيه رعاية حق القاذف من حيث السقوط بموت المقذوف ، فاذا ثبت هذا الاصل ، فنقول أنه لا يورث ، لان الارث لا يجرى فيما هو من حقوق الله تعالى ، لانه من خلافه الوارث المورث بعد موته ، والله تعالى يتعالى عن ذلك .

فان قلت حق الله تعالى أيضاً لا يسقط بموت المقذوف . قلت نحن لا نقول بالسقوط ،

فيصير حق العبد مرعياً به ، ولا كذلك عكسه ، لأن لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة ، وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها ، منها الإرث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ، ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنـــه، ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري . وعن أبي يوسف « رح » في العفو مثل قول الشافعي « رح »

ولكن تعذر استيفائه لانعدام شرطه ، فالشرط خصومة المقذوف ، ولا يتحقق فيـــه الخصومة بعد الموت .

(فيصير حق العبد مرعياً به) أي بحق الشرع كما قررناه الآن (ولا كذلك عكسه) وهو أن يكون ما للمولى من الحق يتولاه عبده (لانه لا ولاية للعبد في استيفـــاء حقوق الشرع إلا نيابة) ولا نيابة ، وها هنا (وهذا) أي كون حق العبد غالباً عنـد الشافعي « رح » حق الله تعالى عندنا (هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها) أي من الفروع المختلف فيها (الارث) أي في حق القذف فعنـد الشافعي يجري فيـــه الارث ، وعندنا لا يورث (إذ الارث يجرى في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ، ويصح عنده) .

(ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه) أي أخذ المعوض عن حد القذف ، وبـــه قال مالك (ويجري فيه التداخل عندنا [1] وعنده) أي وعند الشافعي « رح » (لا يجري) التداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة أو بقذف واحد مراراً .

(وعن أبي يوسف « رح » في العفو مثـــل قول الشافعي « رح ») أي روي عن أبي

---

(١) التداخل عنده — هامش .

ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد وخرج الأحكام والأول أظهر. ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه، لأن للمقذوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع ،

يوسف « رح » عن عفو المقذوف مثل قول الشافعي « رح » في أنه يصح، وبه قال مالك وأحمد « رح » .

(ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد) أراد من أصحابنا صدر الإسلام البزدوي فإنه ذكر في مبسوطه أن الغالب حق العبد كما قال الشافعي « رح » (وخرج الأحكام) عطفاً على قول من قال ، أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى جواب يوافق المذهب ، يقال في تفويض الإمام أن كل واحد لا يهتدي إلى إقامة الحد ، وقال في عدم الإرث أي عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط ، لأن الإرث لا يجزيء في الأعيان . وأجاب كون القصاص يورث بأنه في معنى مالك الغير ، لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس ، فإن الإنسان لا يملك شراء الطعام إلا الإتلاف ، وهو الأصل ، فصار كمن عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص ، وهو باق ، فيملك الوارث في حق استيفاء القصاص (والأول أظهر) أي كون حق الله مغلباً أظهر من كون حق العبد مغلباً ، وعلى الأول عامة المشايخ .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أطلق محمد في بعض المواضع ، أي حد القذف من حقوق الناس ، وأطلق في بعضها أنه من حقوق الله تعالى ، والعبارتان صحيحتان ، أما قوله إنه من حقوق الناس قائماً أراد أن المطالبة من حقه لما خالفه عقد من الشيئين بقذفه ، وتناوله في عرضه ، ولو لم يطالب لم يحد . وقوله أنه من حقوق الله تعالى أراد به نفس الحد لا المطالبة لأنه ليس يمتنع أن يكون الحق لواحد ، والمطالبة لواحد كالوكيل بالبيع يطالب ، وملك الثمن للآمر ، وكذلك المشترى إذا كان وكيلا فإن قبض العبد اليه والملك للآمر .

(ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه ، لأن المقذوف فيه حقاً ، فيكذبه في الرجوع) لأنه من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد ، ولا يصح الرجوع فيه بعد

بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى ، لأنه لا مكذب له فيه . ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق وعدم الفصاحة ، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا .

الاقرار لوجود المكذوب ، وهو العبد (بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى) منه حد الزنا والشرب والسرقة (لأنه لا يكذب له فيه) فيقبل رجوعه ، إلا أن في السرقة يسقط القطع ، ويجب المال .

(ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد) النبطي نسبة إلى نبط بفتحتين ، وهم قوم ينزلون سواد العراق ، قال الفرزدق في هجو طيء :

من أهل حرمران تصيفهم ومن أهل التمر كانت سطورها

وقال الفقيه أبو الليث النبطى رجل من غير العرب ، وذكر عبد الله بن أحمد المالقي في تفسير المالقة الثالثة من كتاب ويسقور يدروس وبلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي للرى والموصل والجزيرة فيا وصفه بعض الفور حين (لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق) من حيث الخساسة والبخل (أو عدم الفصاحة) أى أو يراد به عدم الفصاحة ، فكأنه قال في عدم الفصاحة مثل النبطي ، وكذا أى وكذا لا يحد إذا قال العربي ليس بعربي (لما قلنا) أشار به إلى قوله يراد به النسبة إلى آخره .

(وكذا إذا قال لست بعربي) من قبيلة فلان التي هو فيها لا يحد لما روي . وقال مالك وابن أبي ليلى حد في رواية والشافعي في قول إذا نوى الشتم يحد لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لا ولي برجل يقوله إلى كتابه ليست من قريش إلا جلدته ، ولأنه لما نهاه ، وعن قبيلته صار كنقتة عن الحد الأعلى . وقلنا والشافعي « رح » في قول وأحمد في أصح الرواية عنه لا يجب ، لأنه قد يراد به التشبيه في الأخلاق والتشبيه في الجهل والكهنة ، يعني عدم الفصاحة لا ولد بين التي عن الأب عادة كمن قال المصرى باقرارى.

وفي المبسوط ألا ترى أنه لو قال أنت شامي أو كوفي ولا يزيد بشيء من ذلك القذف ، ولا يحد وقدمنا أنه مروى عن ابن عباس رضي الله عنه فإنه سئل عن رجل وقال القرشي

ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف ، لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء ، لأن ماء السماء لقب بـه لصفائه وسخائه

يا نبطي ، فقال لا حد عليه ، وأما الحديث فشاذ ويمكن أن يكون قال ذلـك بطريق التعزير ، لأنه قال إلا جلدته ، وما قال لا حد ، وعن مالـك إذا قال لعربي يا رومي ، أو يقال لفارسي يا رومي أو لرومي يا فارسي ، أو يقول يا ابن الخياط لم يكن في بابه من بهذه الصفة ففي جميع ذلك يحد لدفع العار .

(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وعلل المصنف « رح » بقوله (لأنه يراد به التشبيـه في الجود والسماحة) لأن ماء السماء لا ينحل ، بل يصب في ماء السهل والجبل ، وسمي النعمان بن المنذر به وكانت أم المنـذر يقال لها ماء السماء لحسنها ، وأشهر المنذر بأمه ، فقيل له المنذر بن ماء السماء ، ثم سمي بـه النعمان لجوده وسخائه (والصفاء ، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه) أي لقب بهذا اللفظ لأجل صفائه وسخائه ، ولم يذكر من هو الملقب به ، وقد ذكرنا أن النعمان بن المنذر لقب به ، ولقب به أيضاً المزتيسا ، وهو لقب عمرو بن عامر قاله الأكمل . قلت عمرو بن عامر بن حارثة المطريف بن أسري القيس بن ثعلبـة بن مازن بن الأزد وماء السماء لقب ، والعامر بن المذكور والمذكورة ، ومن نفيا لقب عمرو لقب به [1] ، لأنه كان يلبس كل يوم حلقتين ثم يمر فيهما ، لأنه كان يكره أن يعود فيهما ، ويكره أن يلبسهما غيره .

ومريقيا بضم الميم وفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف القاف بعـدها ياء أخرى مخففة ممدودة ، وإنما سمي أبو عامر بماء السماء لأنه في القحط أقام ماله مقام الفطر ، وكان عناثاً لقومه مثل ماء السماء للأرض ، وكانت أم المنـذر بن امرىء القيس أيضاً فسمي بماء السماء لجمالها وحسنها وأبوها عرف بن خثم بن مريقيا هو الذى ذكره حسان في قوله أولاد حض حول قراءة اسم أبيهم قير بن مارية الكريم الفضل يسقون من ورد المريض [2] النير

---

(١) هكذا الجملة بهذا اللفظ في الأصل .

(٢) سترد بعد أسطر البريض ، اهـ مصححه .

وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقاذف ، لان كل واحد من هؤلاء يسمى أباً أماً ، الأول فلقوله تعالى ﴿ نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم واسماعيل وإسحاق ﴾ ١٣٣ البقرة، واسماعيل كان عماً له ، والثاني لقوله عليه السلام الخال أب . والثالث للتربية .

ومن قال لغيره زنأت في الجبل ، وقال عنيت

عليهم ، يرد ما يصفق بالرحيق السلاحسنة [1] هو تقليد العنقاء ، وسمي العنقاء لطول عنقه ، ومارية ابنة ظالم بن وهب بن الحارث بن معاوية ثور بن أبيه ، وهي التي يحل المثل ، ويقال خذها ولو بقرطي مارية ، وكان يقوم ظاها بأربعين الف دينار .

وقيل كان في موطىء مارية درمان كبيض الحمام لم ير مثلها ، ويقال أول عربية تفوطت ، والبريض بفتح الباء الموحدة موضع بدمشق ، ويروى بالفتحات نهر بدمشق . قوله بضيق ، أي بمزج ، والسلسل القذف السهل الدخول في الحلق .

(وإن نسبه إلى عمه) أي وإن نسب رجل رجلا إلى عمه ، يعني قال أنت إبن فلان وإن أراد عمه (أو خاله) أو نسبه إلى خاله (أو إلى زوج امه) أي أو نسبه الى زوج امه (فليس بقاذف) أي لا يجب عليه بشيء (لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً أما الأول) وهو ما إذا نسبه إلى عمه (لقوله تعالى ﴿نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق﴾ ١٣٣ البقرة، واسماعيل كان عماً له ، والثاني) وهو ما إذا نسبه إلى خاله (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخال أب) هذا حديث غريب وفي الفردوس لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه مرفوعاً الخال والد من لا والد له (والثالث) وهونسبته إلى زوج أمه (للتربية) أي لأجل تربية أباه سماه أباً ، لأن زوج الأم بقوله عليه على قيام الآباء فيجوز أن يسمى أباً مجازاً ، فلما صح إطلاق إسم الأب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة إليهم . وقال ابن القاسم المالكي في النسبة إلى هؤلاء الحد ، وعند أشهر المالكي لا حد عليه لا في حال المشاعة .

(ومن قال لغيره زنأت في الجبل) يعني بالهمزة موضع الباء (وقال عنيت) أي

---

(١) هكذا الكلام في الأصل ، وربما هنا كلام ساقط من الناسخ ، اهـ مصححه .

صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف «رح» .

وقال محمد « رح » لا يحد ، لان المهموز منـــه للصعود حقيقة ،

قالت امرأة من العرب :

وارق إلى الخيرات زناً في الجبل وذكـر الجبـل يقرره مرادا

قصدت بهذا اللفظ (صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله) وبه قال أحمد والشافعي في قول إذا لم ينو (وقال محمد « رح » لا يحد) وبـه قال الشافعي في قول (لأن المهموز منه) أي من هذا اللفظ وهو الذقوم مستعمل (للصعود حقيقة) وقـد أراد حقيقة كلامه فيصدق ، ولا يحد . وقال وفي الجمهرة وغيره بزناً في الجبل بالهمزة،زناً زناً أي صعد ، وجاء زناً نواز بمعنى صعد أيضاً .

واستشهد المصنف «رح» لذلك بقوله (قالت امرأة من العرب) وقال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها وتقول أشبه أبا أمك ، أو أشبه عملي ، ولا تكونن كهلوف ، وكل يصبح في مضجعه قد انجدل (وارق إلى الخيرات زناً في الجبل) وقال في كتاب الزيولج شرح الإصلاح الأبيات ما هي لإمرأة ، وإنما هي لرجل رأى ابناً له ترقصه أمه ، فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك يخاطب ابنه وكان أبو امه شريفاً سيداً ، يقول أشبه أبا أمك ، أو أشبه عملي أي كن مثل أبي أمك أو مثلي ، ولا تجاوزنا في النسبة إلى غيرنا وحذف بالإضافة عن عمل الضرورة ، وهذا الرجل هو قيس بن عـاصم المنقري وأم ذلك الصبي منفوسة بنت زيد الفوارس بن صرار الصبي فأخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول أشبه أخي أو أشبهن أباك ، أما أبي فلن تنال ذاك عن مثاله بذاك قوله أو أشبه عما قد ذكرنا أن أصله عملي الإضافة .

وقال الكاكي أو أشبه أحما ، ثم قال الحمل إسم رجل من العرب وهو حمل بن سعـد بالحاء المهملة وفتح الميم . وقال ابن ماكول[1] أحما بن سعد أنه ابن حارثة بن معقل بن كعب ابن حكم بن جناب وفد على رسول الله صلى الله عليه وسلم . قوله كهلوف بكسر الهـاء

---

(١) ربما أراد به ابن ماكولا .

ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً ، لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز ، وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً ،

وتشديد اللام الشيخ الهرم ، ويقال الثقيل الجافي الذي لا خير فيه . قوله وكل بفتحتين هو الذي ينكل على غيره فيما يحتاج إليه . وقال الكاكي والكل العيال وليس كذلك ، لأنه ظن أن الواو في وكل واو العطف ، وفسر الكل بالعيال ، بل الواو أصلية ، وهو الكل بفتحتين وقد فسرناه . قوله قد انجدل أي قدامته ، يراد أنه لا يستيقظ حتى يصح .

(وذكر الجبل يقرره مراداً) أي تقرر الصعود مراداً منه . قوله زنأت في الجبل يعني تأكيد أن يكون المهموز للصعود حقيقة .

(ولهما أنه) أي أن لفظ زنأت (يستعمل في الفاحشة) حال كونه (مهموزاً أيضاً) يشير بهذا إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود (لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز) فمنهم العجاج ، فإنه كان يهمز العالم والكايم ، وقال فخندق هامة هذا العالم بهمزة اللين أيضاً من جد في الهر للعرب من التقاء الساكنين ، فيقال دابة وشابة ، وفي غير التقاء الساكنين كما همزة العجاج ، وكما همزة الشاعر في قوله

يا دارمي كاليد البراق أميراً   فقد هيجت شوق المشتاق

والدكالك [1] جمع ، وكذلك وهو الرجل المتراكم ، والبرق بضم الباء الموحدة جمع برقة ، وهي أرض غليظة فيها حجارة ورمل ، والاستشهاد في لفظ المشتاق بالهمزة المفتوحة ، فإنه في الأصل المشتاق بالألف الساكنة ، وهذا باب في التصريف يقال له باب الإبدال ، وهو جعل حرف مكان غيره ، ويعرف ذلك بأمره كما ذكر في موضعه ، وحروف الإبدال أربعة عشر حرفاً ، منها الهمزة تبدل من حرف اللين للمضطر أو غير المضطر ، لازم وجائز ، فالبيان اللذان فيهما الإبدال من غير المضطر ، فإن أرادت تفصيل هذا حقيقة فعليك بشرح الجاربدري ينشأ وحواشيه للعبد الضعيف .

(وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً) يعني لما كان لفظ زنأت بالهمزة بمعنى زنيت على لغة بعض العرب باعتبار التليين فيه ، علم من ذلك أن القائل به أراد الزناء

---

(١) هكذا الفقرة كلها في الأصل ، وهو غلط بين .

بمنزلة ما إذا قال يا زانىء ، أو قال زنأت وذكر الجبل إنمــا يعين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على ، إذ هو المستعمل فيه .

ولو قال زنأت على الجبل ، قيل لا يحد لما قلنا .

حقيقة ، لأن يقبل هذا إلا في حالة الغضب والمشاتمة ، وصار هذا (بمنزلة مــا إذا قال يا زانىء)بالهمزة في آخره (أو قال زنأت) الخطاب وبالهمزة فقط ، ففي هذين اللفظين يجب الحد ، فكذلك في قوله زنأت في الجبل ، وقوله وحالة الغضب كلام إضافي مرفوع بالإبتداء وخبره . وقوله تعين الفاحشة من التعيين ، أي الزنا ، ومراد نصب على الحال ، وإنما ذكره باعتبار أن المراد من الفاحشة الزنا .

(وذكر الجبل) جواب لما قاله محمد «رح» بقوله وتقرره مراداً،بيانه أن ذكر الجبل (إنما يعين الصعود مراداً إذا كان) أي لفظ زنأت (مقروناً بكلمة على) لا بكلمة في(إذ هو المستعمل فيه) يعني أن المستعمل في معنى الصعود أن يقال زنأ عليه لا زنأ فيه .

فإن قيل إن في تجيء بمعنى على ، قال الله تعالى ﴿لأصلبنكم في جذوع النخل﴾ ٧١ طه ، أي عليها . قلنا ذكر الزمخشري أنها على حقيقتها ، قاله الكاكي ، ولكن عبــارة الزمخشري شبه،لكن هكذا المصلوب في الجذوع يتمكن الشيء المرعي في دعائه،فكذلك قال في جذوع النخل ، انتهى . قلت هذا لا يساعد الكاكي في جوابه على ما لا يخفى .

فإن قيل قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامــع الصغير قوله في الجبل لا يحتمل الصعود لا يقال زنأ فيه، يقال زنأ عليه، كما قال الشاعر :

لا هم ان الحارث بن جميلة زنأ على أبيه ثم قتله

وأجاب عنه الاترازي بقوله لا نسلم أنه لا يقال زنأ فيه ، بــل ما قال فخر الإسلام « رح » عكس اللغة ، فلا يسمع ، لأن الزنأ بالهمزة لم يسمع في قوانين اللغة إلا بلفظ في لا بلفظ على ، كما في قوله زنأ في الجبل ، أما قوله زنأ على أبيه فليس مما نحن فيــه المهموز من الثلاثي في وما احتج به ليس بمهموز من مزيد الثلاثي من باب التفعيل ، فمعنى زنأ على أبيه ، أي ضيق عليه .

(ولو قال زنأت على الجبل) اختلف المشايخ فيه (قيل لا يحد لمــا قلنا) إشاره إلى

وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه . ومن قال لآخر يا زاني ، فقال لا بل أنت فإنهما يحدان ، لأن معناه لا بل أنت زان ، إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط ، فيصير الخبر المذكور في الأول مذكور في الثاني. ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان لأنهما

قوله إذا كان مقروناً بكلمة على (وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً .

(ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت) أي بل أنت زاني (فإنهما يحدان) يعني كلاهما يحدان (لأن معناه بل أنت زان إذ هي) أي إذ هما كلمة بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعني بل من الحروف العاطفة موضوعة للاضراب عن الأول ، والاتيان للثاني (فيصير الخبر المذكور في الأول) وهو قوله يا زاني (مذكوراً في الثاني) أي في قول بل أنت كما إذا قلت جاءني زيد بل عمرو ،معناه بل جاءني عمرو ، فكذا هذا فيكون كل واحد منهما قاذفاً ، فيجب عليه الحد . وقال الأترازي في قوله فيصير الخبر المذكور في الأول فيه ينظر ، لأن المذكور فيه في مقام النداء لا يسمى خبراً . ولو قال فيصير المذكور في الأول خبراً فيه كان أولى . وأجيب عنه بأن المراد بالخبر الجزاء ، وحينئذ يستقيم الكلام ، لأن أخبر جزاء خص ، فيجوز ان يتمار الأعم .

فإن قيل التصريح بالزنا شرط في إيجاب الحد ولم يوجد من الثاني ، فكيف يجب عليه الحد . قلت أجيب بمنع نفي وجود الصريح إذ يفهم الزنا في أول ما قال ، بل أنت في جواب قوله يا زان ، لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال ، فيصير مثل التصريح ، سواء كان قيل إذا كان كل واحد منهما قاذفاً لصاحبه ، فينبغي أن يكون قصاصاً ، فلا يجب الحد . أجيب بأن القذف فيه حق الله ، وهو الأغلب في الفصاحة يلزم إسقاط حق الله تعالى ، فلا يجوز ذلك ، ولهذا لم يجز عفو المقذوف .

(ومن قال لإمرأته يا زانية ، فقالت لا بل أنت حدت المرأة ، ولا لعان ، لأنهما

قاذفان ، وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد ، وفي البداية بالحـــد إبطال اللعان ، لأن المحدود في القذف ليس بأهـل له ، ولا إبطال في عـكسه أصلاً ، فيحتال للدرء ، إذ اللعـان في معنى الحـــد . ولو قالت زنيت بك فلا حـد ولا لعان ، ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما ، لأنه يحتمل أنهـــا أرادت الزنا قبل

قاذفان ، وقذفه يوجب اللعان ، وقذفها الحد) أي يوجب الحد (وفي البداية بالحد) أي بحد المرأة (إبطال اللعان) لأن اللعان شهادة وقد بطلت شهادة المرأة بحدها ، وهومعنى قوله (لأن المحدود في القذف ليس بأهل له) أي اللعــان (ولا إبطال في عكسه أصلاً) يعني إذا قذف اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة (فيحتال للدرء) أي لدرء اللعان بحد المرأة بتقديمه (إذ اللعان في معنى الحد) يعني قائم مقام حد القذف في حق الرجـل ومقام حد الزنا في حق المرأة .

(ولو قالت زنيت بك) أي لو قالت المرأة زنيت بك في جواب قول الرجل يازانية (فلا حد ولا لعان ، ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية) أي معنى قولهـا زنيت بك أنها قالت ذلك بعدماقال الزوج لها يا زانية كما قررناه ، وفيه قياس واستحسان لم يذكرهما المصنف ، وإنما لم يجب الحد ولا اللعان ، وبه قال أحمد إستحساناً ، وبه قال أحمد والقياس أن يلاعنها ، لأن هذا ليس بتصديق منها له ، لأن المرأة لا تزني بزوجها ، وبه قال مالك « رح » . وقال أشهب إلا أن يقول قلت ذلك محاربة ولم أرد قذفاً ولا إقراراً فلا حد عليها . وعند الشافعي «رح» حلفت أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه بالزنا ويكتفي بين واحدة في وجه ، وعليه الحدود وبها لأن هذا ليس بإقرار صحيح بالزنا .

وجه الاستحسان هو قوله (لوقوع الشك في كل واحد منهما) أي لوقوع الشك في كل واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك (لأنه يحتمل) أي المرأة (أنها أرادت الزنا قبل

النكاح ، فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه ، وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك بعد النكاح ، لأني ما مكنت أحداً غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة على هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها ، فجاء ما قلنا .

النكاح ، فيجب الحد على المرأة[1] دون اللعان) أي لا يجب اللعان (لتصديقها إياه) أي لتصديق المرأة زوجها (وانعدامه منه) أي ولانعدام التصريف من الزوج (ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك) الخطاب للزوج ، أي زنائي هو الذي وجد معك ، يعني إذا كان الزنا موجود مني ، فذاك الفعل الذي وجد مني معك (بعد النكاح) وإلا فلا ، وهو معنى قوله بعد النكاح (لأني ما مكنت أحداً غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة) أي في حالة سب الرجل امرأته بالزنا .

وفي الفوائد الظهيرية ولا معنى لما قال في الكتاب لا يحتمل بعد النكاح ، لأن الوطء بعد النكاح لا يكون زنا ، ومطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقة . وأجيب عليه بأن الزوج بقوله لها يا زانية أعصبها وهي ترد بقولها زنيت بك أعصب واذنه ممسكة بقوله عز وجل ﴿ الزانية لا ينكحها إلا زان أومشرك ﴾ ٣ النور ، وسميت الوطء بعد النكاح زناً مجازاً بطريق المشاكلة ، كما في قوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ١٩٤ البقرة ﴿ وجزاء سيئة سيئة ﴾ ٤٠ الشورى .

(وعلى هذا الاعتبار) أي على الاعتبار الاحتمالين المذكورين (يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف) أي من الزوج (وعدمه منها) أي وعدم القذف من المرأة تقدير هذا على هذا الإعتبار لا يكون المرأة مصدقة لزوجها ، فيجب اللعان على الزوج ، ولا يجب الحد على المرأة ، ففي حال لا يوجب الحد عليها ، ويجب اللعان على الزوج ، وفي حال يجب الحد عليها ، ولا يجب اللعان فوقع الشك فيما قلنا إنه لا حد ولا لعان (فجاء ما قلنا) .

---

(١) فيجب الحد دون اللعان ـ هامش .

ومن أقر بولد ثم نفاه ، فإنــــه يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره ، وبالنفي بعده صار قاذفاً فيلاعن ، وإن نفاه ثم أقر به حد ، لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان ، لأنه حـــد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب والأصل فيه حد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصـــار إلى الأصل والولد ولده في الوجهين لإقراره بـــه سابقاً أو لاحقاً ، واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد .

(ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه) عن صورة رجل له امرأة جاءت بولده فقال ليس هــو مني (يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره) يعني صار الولد ولده (وبالنفي بعــده) أي بقوله بعد الإقرار ليس هو مني (صار قاذفاً فيلاعن) لأن معناه أن أمه زنت فولدته عن الزنا ، وكل قذف يوجب الحـــد إلا حد يوجب اللعان في قذف الزوج .

(وإن نفاه ثم أقر به حد) أي وإن نفى ولده بأن قال ليس هو مني ثم أقر به بأن قال هو ابني بطل اللعان ، فوجب عليه حد القذف ، لأن الأصل في قذف المحصنات هو الحد (لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان ، لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب) أي تكاذب الزوجين ، لأن كل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه ، لأن زعم الزوج أنها كاذبة في التكاذب الزنا ، وإن زعمت الزوجة أنه كاذب في القذف بالزنا ، ولهذا لو أقرت المرأة بالزنا لا يجب اللعان لعدم التكاذب ، وكذا إذا كذب الزوج نفسه بعدم التكاذب .

(والأصل فيه) أي في القذف بالزنا (حــد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل) وهو الحد ، وفيه خلاف ما ذكرناه في اللعان ، هـــذا ليس بموجود في أكثر النسخ ، أي وفي نفي الحمل خلاف ذكره في باب اللعان ، وهو أن الزوج إذ قال لامرأته ليس حملك مني لا لعان عند أبي حنيفه « رح » خلافاً لهـــما (والد ولده في الوجهين) أي فيما إذا أقر أولاً ثم نفاه أو نفاه أولاً ثم أقر (لإقراره بـــه) أي لإقرار الزوج بالولد (سابقاً) على النفي فيما إذا أقر بالولد ثم نفاه (أو لاحقاً) بالنفي فيما إذا نفاه ثم أقر به (واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) هذا جواب عما يقال إن سبب

وإن قال ليس بإبني ولا يإبنك فلا حد ، ولا لعان لأنه أنكر الولادة ، وبه لا يصير قاذفاً . ومن قذف امرأة ومعها أولاد لايعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي أو قذفها بعد الموت الولد ، فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا منها ، وهي ولادة ولد لا أب له، ففاتت العفة نظراً إليها ، وهي شرط الإحصان .

اللعان كان نفى الولد ، فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يجري بينهما اللعان ، فأجاب بقوله واللعان يصح ... إلى آخره .

تقريره أنه ليس من ضرورة اللعان قطع النسب إليه ، لأنه ينفك عنه وجوداً وعدماً ، فاللعان شرع بلا ولد، ألا ترى أنه إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع النسب ولو نفى نسب ولد امرأته الأمة ينتقى النسب ، ولا يجري اللعان إليه إشارة البزدوي .

(وإن قال ليس بإبني ولا بإبنك فلا حد ولا لعان ، لأنه أنكر الولادة ، وبه لا يصير قاذفاً) أي بانكار الولادة لا يصير قاذفاً أمه ، لأنه أنكر الولادة أصل ، وذلك بعدم الزنا ، لأنه إذا لم يكن فيها كيف يتصور أن يتولد بزناها ، فإذا انتفى القذف فلا يجب الحد ولا اللعان بعد القذف .

(ومن قذف امرأة ومعها أولاد لا يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد) بفتح العين ، أى التي لوعنت بولد ، هكذا قال في النهاية ، ويجوز كسر العين،معناه التي لاعنت بولدها وقد صرح بهذا في الكافي (والولد حي) يتصل بالملاعنة (أو قذفها بعد موت الولد ،فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا منها) أي لقيام علامة الزنا منها ، أي من المرأة وهي ، أي قيام امارة الزنا منها (وهي ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظراً إليها) أي إلى الأمارة (وهي) أي العفة (شرط الاحصان) أي شرط وجوب حد القذف ، وهي ثابتة فلا يجب الحد .

ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا
قال ومن وطىء وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة
وهي شرط الإحصان ، ولأن القاذف صادق ، والأصل فيه أن من
وطىء وطئاً حراماً بعينه

(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد) ذكره التمرتاشي وكذا الملاعنة بولد ثم أكذب الزوج نفسه ولزم الولد ثم قذفها قاذف (فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا) وأمارة الزنا قيام ولد لا أب له ولا ولد ها هنا ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، وجمهور العلماء رحمهم الله ، ولا نعلم فيه خلاف .

فإن قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها ، فيكون أمارة الزنا ظاهرة ، فينبغي أن لا يحد قاذفها ، أجيب بأن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره ، فكانت محصنة في حق الغير ، ألا ترى أن اللعاب قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة إليها لا بالنسبة إلى غيرها حتى قبلت شهادته . وقال الأترازي قال بعضهم في شرحه في جواب السؤال المذكور اللعان قائم مقام حد القذف في حقه ، فبالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأة محصنة ، فتعارض الوجهان فتساقطا ، فبقي القذف سالماً عن المعارض ، فوجب الحد على القاذف انتهى . قلت أراد به صاحب النهاية ، ثم رد عليه بما لا يجري ، ثم قال وقال بعضهم أيضاً وهو صاحب النهاية أيضاً بخط شيخي ، يعني الحافظ الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة أن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا ، لكن بالنسبة إلى الزوج لا إلى غيره إلى آخر ما ذكرنا في جواب السؤال المذكور ، ثم رد عليه بما لا يجري .

(قال) أي القدوري (ومن وطيء وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه) لعدم شرط الموجب للحد ، وهو إحصان المقذوف ، أشار إليه بقوله (لفوات العفة وهي شرط الإحصان) والإحصان معدوم لانعدام العفة عن الزنا (ولأن القاذف صادق) في قذفه ، لأن المقذوف وطيء ما لا يحل له فلا يحل القذف على الصدق ، وإنما يحد على الكذب .

(والأصل فيه) أي في حد القذف وعدم الحد (أن من وطيء وطئاً حراماً بعينه) كالوطء في غير الملك من كل وجه ، وهو ظاهر ، ومن وجه كالوطء في الجارية المشتركة

لا يجب الحد بقذفه ، لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه . وإن كان محرماً لغيره يحد ، لأنه ليس بزنا ، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام بعينه ، وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة ، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره . وأبو حنيفة « رح » يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور

بينه وبين غيره ، وهذا الوطء حرام بعينه لوقوعه زناً ، لأن الوطء حصل في غير ملكه ، إلا أنه لا يجب حد الزنا على وطء الجارية المشتركة للشبهة (لا يجب الحد بقذفه) أي بقذف هذا الوطء الحرام لعينه من كل وجه أو من كل وجه كما بينا (لأن الزنا هو الوطء المحرم بعينه) سواء كان من كل وجه أو من وجه (وإن كان) أي إن كان الوطء (محرماً لغيره) أي لغيره كوطء امرأته الحائض أو النفساء أو جاريته المجوسية أو أمته المزوجة أو المكاتبة أو الحرة التي ظاهر منها ، أو وطىء امرأته الصائمة ففي هذه الصورة (يحد) قاذفه (لأنه ليس بزنا) لعدم صدق حد الزنا عليه (فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام بعينه) وقد بينا الوجهين الآن .

(وكذا) أي وكذا حرام بعينه (الوطء في الملك والحرمة مؤبدة) أي والحال أن الحرمة على التأبيد ، كما إذا وطىء جاريته التي وطئها أبوه بعد ملك اليمين أو الشراء ، وهذا وطء محرم على التابيد ، فصار كالزنا فلم يحد القاذف ، فإنه كالحرمة المؤقتة مثل وطء الحائض أو امثالها التي ذكرناها الآن (فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره) لا بعينه .

(وأبو حنيفة « رح » يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين ، ثم اشتراها الابن فوطئها فلا يحد قاذفه لسقوط إحصان الواطىء بالوطء على التأبيد بالإجماع ، وكذلك إذا تزوج اختين أو تزوج امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقدة فوطئها فلا حد على قاذفه لما قلنا (أو بالحديث المشهور) أو تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالحديث المشهور ، وهو قوله ﷺ

لتكون ثابتة من غير تردد ، بيانه أن من قذف رجلاً وطيء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه ، وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعاً لانعدام الملك ، ولهذا وجب عليها الحد ، ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته

لا نكاح إلا بشهود، وكل الشراح ذكروا أن الحديث المشهور الذي ذكره المصنف «رح» هو قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح إلا بشهود ، وقد ذكرنا في أول النكاح أن هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، واستيفاء الكلام فيه هناك (لتكون ثابتة من غير تردد) أي ليكون ثابتاً من غير تردد ويكون الحد ثابت من غير تردد .

(بيانه) أي بيان الأصل المذكور في المسائل يذكرها بعد (ان من قذف رجلا وطيء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) أي على قاذفه (لانعدام الملك من وجه) لأنه في نصيب الشريك زان ، فيصير القاذف صادقاً في كلامه من وجه . والقذف سقط بالشبهة والإحصان كما يزول بالزنا من وجه ، وعند مالك «رح» يحد .

(وكذلك إذا قذف امرأة) أي وكذلك لا حد على القاذف إذا قذف امرأة (زنت في نصرانيتها) ثم أسلمت وقذفها إنسان (لتحقق الزنا منها) لأن الزنا حرام في الأديان كلها ، والكفار مخاطبون بالعقوبات (شرعاً) أي من حيث الشرع (لانعدام الملك) وهو ظاهر . وفي المبسوط وقذف مسلماً زنى في حال كفره في دار الحروب أو في دارنا لم يحد قاذفه ، لأن الزنا يتحقق من الكافر وإن لم يقم عليه الحد فيكون القاذف صادقاً ، فكان التقيد بالنصرانية إتفاقياً ، وعند مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه يحد ، لأنه قذفه في حال كونه مسلماً محصناً لعموم الآية . قلنا قاذفه صادق لما قلنا ، وإنما ترتفع بالإسلام الإسم دون حقيقة الزنا (ولهذا) أي ولأجل تحقق الزنا من الكفار (وجب عليها الحد) أي حد الزنا .

(ولو قذف رجلا أتى أمته وهي مجوسية) أي والحال أن هذه مجوسية (أو امرأته)

وهي حائض أو مكاتبة له فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ، وهي مؤقتة ، فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنى ، وعن أبي يوسف « رح » أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر « رح » لأن الملك زائل في حق الوطء ، ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق ، والحرمة لغيره إذ هي مؤقتة . ولو قذف رجلاً وطىء أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد ، لأن الحرمة مؤبدة ، وهذا هو الصحيح .

أي امرأته وجامعها (وهي حائض) أي والحال أنها حائض (أو مكاتبة له) أي أو وطىء مكاتبة له أي للواطىء (فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ، وهي مؤقتة) أي والحرمة مؤقتة والعار على شرف الزوال (فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا) لأن الزنا وطء لم يلاق مالك .

(وعن أبي يوسف « رح » أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر « رح » لأن الملك زائل في حق الوطء ، ولهذا) أي ولأجل زوال الملك في حق الوطء (يلزمه العقر) أي مهر المثل (بالوطء ، ونحن نقول ملك الذات) أي ذات المكاتبة (باق ، والحرمة لغيره) لا بعينه (إذ هي مؤقتة) غير مؤبدة ، فإن الحرمة تزول بعجزها عن المكاتبة وردوها إلى الرقبة .

(ولو قذف رجلا وطىء أمته وهي أخته) أي والحال أنها أخته (من الرضاعة لا يحد) أي القاذف (لأن الحرمة مؤبدة ، وهذا هو الصحيح) قيد به لأنه ظاهر الرواية ، واحترز به عن رواية الكرخي أنه لا يسقط الحد عن القاذف ، لأنه وطء في ملك مقارنة التحريم فيه لا يسقط الإحصان كوطء المرأة الحائض والمحرمة والأمة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها . ولنا أن الحرمة مؤبدة في المقيس ، ومؤقتة في المقيس عليه ، ولا شك أن المقيس عليه أدنى حالاً من المقيس فلا يصح القيام لعدم المماثلة ، فجاز أن يسقط الإحصان في الحرمة الأعلى دون الأدنى .

ولو قذف مكاتباً أو مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة «رض»، ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة «رح». وقالا لا حد عليه، وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحبة فيما بينهم عنده، خلافاً لهما، وقد مر في النكاح. وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد، لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد،

(ولو قذف مكاتباً ومات وترك وفاء لا حد عليه) صورته في الجامع الصغير محمد «رح» عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في الكافر يموت ويترك فيؤدي وفاء كتابته ويقيم ما بقي بين ورثته الأحرار ثم يقذفه إنسان قال لا حد على قاذفه أبداً (لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم) فانهم اختلفوا في حر أو عبد فقال بعضهم مات حراً وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما، وقال بعضهم مات عبداً، وهو مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنهما، فاختلافهم أورث شبهة في حد القاذف فقط.

(ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة «رح». وقالا لا حد عليه) أي على قاذفه (وهذا) أي وهذا الخلاف (بناء) أي مبني (على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (خلافاً لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (وقد مر في النكاح) أى في باب نكاح أهل الشرك، وبقولهما قالت الثلاثة.

(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد) بإجماع الأئمة الأربعة (لأن فيه) أى في حد القذف (حق العبد، وقد التزم) أى الحربي المستأمن (إيفاء حقوق العباد) وكان أبو حنيفة «رح» أولاً يقول لا يحد المغلب فيه حق الله تعالى، فكان بمنزلة حد الزنا ثم

ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً أن لا يؤذي . وموجب أذاه . وإذا حــد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب ، وقال الشافعي « رح » تقبل إذا تاب ، وهي تعرف في الشهادات . وإذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على أهـــل الذمة ، لأن له الشهادة على جنسه ، فترد تتمـــة لحده ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين ، لأن هـذه شهادة استفادها بعد الإسلام ، فلم تدخل تحت الرد ،

رجع (ولأنه) أى ولأن الحربي (طمع في ان لا يؤذى) بفتح الذال على صيغــة المجهول (فيكون ملتزما أن لا يؤذي) بكسر الذال على صيغة المعلوم (وموجب) بفتح الجيم (أذاه) إذا أراه الحد وهو حد القذف .

(وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب . وقــال الشافعي « رح » تقبل إذا تاب) وبه قال مالك والليث وعثمان رحمهم الله ، والمحدود في الزنا والشرب أو السرقة تقبل شهادته بالاتفاق إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي رحمها الله ، فإن كان عندهمــا لا تقبل شهادته من حد في الإسلام في قذف أو غيره أبداً ، كذا ذكره أبو بكر الرازى في شرح الطحاوى (وهي تعرف في الشهادات) أى هذه المسألة الخلافيـــة تعرف في كتاب الشهادات .

(وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل [1] شهادته على أهل الذمة ، لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم) أى على أهل الذمـــة (وعلى المسلمين ، لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام ، فلم تدخل تحت الرد) يعني هذه الشهادة غير تلك الشهادة الموجودة ، إذ بالإسلام حصل له عدالة الإسلام ، فلما كانت هذه غيرهــا ولم يلحقها قبلت على أهل الإسلام ، ثم على أهل الذمة تبعاً لهم .

---

(١) لم يجز — هامش .

بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته ، لأنه لا شهادة له أصلاً في حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ، فإن ضرب سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته ، لأن رد الشهادة متمم للحد ، فيكون صفة له، والمقام بعد الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له

(بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته ، فكيف قبلت شهادة الكفر إذا أسلم فأجاب بقوله بخلاف العبد (إذا حد حد القذف ثم أعتق لم تقبل شهادته [1] ، لأنه) أي لأن العبد (لا شهادة له أصلا في حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده) بيانه أن العبد لا شهادة له أصلا في حال رقه ، فلا بد في حد القذف من رد الشهادة ، وإنما يحصل شهادة العبد بعد العتق فيرد ، لأنه تتمة الحد . أما الكفر فله شهادة على جنسه فرد بالحد ثم بعد الإسلام حدثت شهادة أخرى لم يلحقها رد فقبلت .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن ضرب سوطاً) أى وإن ضرب القاذف الكافر سوطاً (في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته ، لان رد الشهادة متمم للحد ، فيكون صفة له) أى للحد (والمقام) بضم الميم ، أى الذى يقام (بعد الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له) أى للحد واعترض بأن المقام بعد الإسلام إن كان بعض الحد ، فالمقام قبل الإسلام كذلك ، فكان لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام ، فكذلك لا يصح أن يكون صفة لما أقيم بعد الإسلام ، بل جعل صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى ، لما ان العلة إذا كانت ذات وصفين ، فاعتبار وصف الاخير على ما عرف في موضعه .

والجواب أما لم يجعل الرد صفة لا للقيام قبل الاسلام ولا للمقام للقيام بعده . وإنما قلنا إن الرد صفة للحد ، والحد ثمانون ، فلم يوجد ، فلم يترتب القيمة . وقيل في الجواب

---

(١) حيث لا تقبل – هامش .

وعن أبي يوسف « رح » أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر ، والأول أصح . قال ومن قذف أو زنى أو شرب غير مرة فحد ، فهو لذلك كله ،

النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة ، وكل واحد منها غير مرتب على الآخر نصاً فيتعلق كل واحد منها لما يمكن ، والممكن زمان التي رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر) الأقل هو المبسوط الموجود قبل الإسلام ، والأكثر هو الموجود في الاسلام أعني تسعة وسبعين سوطاً ، فصار كأن الثمانين وجد بعد الاسلام ، وهذه روايه عن أبي حنيفة « رح » وقال الفقيه أبوالليث «رح» في شرح الجامع الصغير روي عن أبي حنيفة « رح » في هذا ثلاث روايات روي عنه إذا ضرب سوطاً في الاسلام لا تقبل شهادته ، وعنه إذا ضرب الأكثر في الاسلام بطلت شهادته ، وعنه ما لم يضرب كل في الاسلام لا تبطل شهادته ، وهو المعروف وهو قول أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ، وكذا إذا ضرب المسلم بعض الحد ثم يضرب فيه ثلاث روايات في ظاهر الروايات ما لم يضرب جميع الحد لا تبطل شهادته . وفي رواية يبطل بضرب سوط . وفي رواية لا يبطل ما لم يضرب الأكثر (والأول أصح) أي جواز الشهادة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن شرب أو زنى أو قذف غير مرة) أي شرب غير مرة أو زنى غير مرة أو قذف غير مرة قوله غير مرة ليس بقيد لقوله أو قذف وحده بل للكل (فحد فهو لذلك كله) أي فهذا الحد يقع للجميع كله ، وبه قال مالك والثوري وابن أبي ليلى ،والسميرا والزهري والنخعي وقتادة وحماد وطاووس وأحمد رحمهم الله في رواية الشافعي « رح » في قول . وفي المبسوط ولو قذف الجماعة بكلمة واحدة بأن قال إنها الزنات أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ،ويا عمرو أنت زان ، ويا خالد أنت زان لا يقام عليه إلا حد واحد عندنا . وعند الشافعي « رح » إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب . ولو قذفهم بكلمات أو لو حد مرات

أما الآخران فلأن المقصد من إقامة الحـــد حقاً لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالأول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني ، وهـذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب ، لأن المقصود من كل جنس

يجب لكل قذف حد عنده ، وبه قال أحمد «رح» في رواية .

أما الأولان قال الكاكي « رح » أمـــا الأولان أي حد الشرب وحد الزنا قال الأترازي الأخريان ، وهذه نفي النسخة الصحيحة تحقيقاً وسماعاً . وفي بعض النسخ قال أما الأول فذاك ليس بشيء ، أما التفصيل لأنه ذكر أولاً ثلاثة أشياء القذف ، والزنـا والشرب على الترتيب ، ثم قال الأخريان ، وأراد بهما الزنا والشرب ، انتهى .

قلت ما حمله على هذا الكلام إلا أن نسخة كانت هكذا ومن قذف أو زنى أو شرب فكذلك مع أن يقال أما الأولان هل الصحيح أما الأولان النسخة الصحيحة ومن شرب أو زنى أو قذف مسلماً ذكرنا ، وكذا كانت نسخة شيخنا علاء الدين الذي كان آية تحقيق الهداية ، وكذلك كلام الكاكي « رح » يشير إلى هذا .

ومع هذا قال الأترازي لو قال المصنف « رح » (أما الآخران) بلفظ بالبدل التذكير سور الخاء لكان أولى[1] لأن الزنا والشرب مذكور ، فيصح اللفظ ، بـــل تأويل يعني ما قال يحتاج إلى التأويل بأن يقـــال العلتان الأخريان أو الخصلتان ، انتهى . قلت لو كانت نسخة مثلما ذكرنا لما احتاج إلى هذه لتكلفات (فلأن المقصد من إقامة الحد حقـاً لله تعالى الإنزجار) أي فلأن المقصد الكلي من إقامة الحد حال كونه حق لله تعـالى أو لأجل حق الله تعالى يحصل الإنزجار للمقذوف حتى لا يباشره في المستقيد ويرتدع أيضاً.

(واحتمال حصوله) أي حصول المقصد ، وهو الإنزجار (بالأول) أي بالحـد الأول (قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) أي في الحد الثاني ، حاصله أن الثاني يتعطل عما هو المقصود ، وهو الإنزجار والحدود يندرىء بالشبهات ، بخلاف ما إذا زنى فحد ، ثم زنى يجب حد آخر للنفس المتيقن بعد الإنزجار .

(وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب ، لأن المقصود من كل جنس) من

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

غير المقصود من الآخر ، فلا يتداخل . وأما القذف فالمغلب فيـــه عنـــدنا حق الله فيكون ملحقاً بهما . وقال الشافعي « رح » إن اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل ، لأن المغلب فيه حق العبد عنده .

هذه الأشياء (غير المقصود من الآخر) فحد الزنا لصيانة الإنسان ، وحد القذف لصيانة الأعراض وحد السرقة لصيانة الأموال وحد الشرب لصيانة العقول . وإذا كان الأمر كذلك (فلا يتداخل) بل يقام لكل واحد منها ما يقتضي حده .

(وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى عندنا ، فيكون ملحقاً بهما) أي بحد الزنا والشرب ، قاله الأترازي . وقال الكاكي « رح » ملحقاً بهما ، أي بحد الزنا والسرقـة . قلت المذكور بغير لفظ قذف ثلاثة ، فكيف يرجع ضمير التثنية إلى الثلاثة ، والظاهر أن قوله بهما يرجع إلى السرقة والشرب ، لأنهما أقرب المذكور .

(وقال الشافعي « رح » إن اختلف المقذوف) كزيد وعمرو (والمقذوف بـه) أي واختلف المقذوف كقذف زيد بزناه من مختلفين . قال تاج الشريعـــة « رح » يعني زنيت بفلانة ثم قال زنيت بفلانة الأخرى (وهو الزنا) أي المقذوف به هو الزنا (لا يتداخل لأن المغلب فيه) أي في الزنا (حق العبد عنده) أي عند الشافعي « ر ح » وقـــد مر الكلام فيه .

فروع : لو قال فجرت بفلانة أو قال جامعتها حراماً لا حد عليه لم يقذفها بالزنا ،لان الجماع يكون نكاح فاسد.قال لامرأة زنيت بحمار أو بعير أو ثور لا يحد ، لأن معناه أولج فيك حمار . ولو صرح لا يحد . لو قال زنيت بناقة أو بدراهم أو شرب يحد ، لأن معناه زنيت وأخذ هذا . ولو قال هذا الرجل لا يحد كل هذه من المسائل .



(فصل في التعزير)

أي هذا فصل في بيان حكم التعزير ، والتعزير تأديب ، وهو الحد من أعزر وهو الردع ، ويجيء التعزير بمعنى التعظيم ، والضمير كما في قوله تعالى « واضربوهن » ٣٤ النساء ، أمر بضرب الزوجات تأديباً وتهذيباً ، وبالنية قال عليه السلام لا ترفع عصاك عن أهلك ، وروي أنه عليه السلام عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث ، وعنه عليه السلام قال رحمه الله علق سوطه حيث يراه أهله وبإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وبالمعنى وهو أن الزجر عن الجنايات وهو الأفعال واجب تعليلاً لها،والتعزير صالح الزجر فيكون شروعاً . وذكر التمرتاشي عن الوصي وليس فيه شيء مقدر ، بل يفوض إلى رأي القاضي ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس مختلفة فيه . فمنهم من يزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب . ومنهم من يحتاج إلى الحبس،وبه قالت الأئمة الثلاثة«رح».

وقال الشافعي « رح » للتعزير على مرات التعزير أشراف الأشراف ، وهما العلماء والعلوم وبالاعلام ، وهو أن يقول له القاضي ، بلغني أنك تفعل كذا ، فلا يفعل فيسير جوابه ، وتعزير الأشراف وهم الأمراء ، والدنيا بالإعلام والجذب إلى باب القاضي والخصومة في ذلك . وتعزيرالأوساط وهم السوقة ما الاعلام والحر والحبس وتعزير الاحياء بهذا كله ، وبالضرب عن أبي يوسف « ر ح » يجوز التعزير السلطان بأخذ المال عندنا والشافعي « رح » ، ومالك وأحمد رحمها الله لا يجوز بأخذ المال . وعن التمرتاشي يجوز إقامة التعزير الذي يجب حقاً لله تعالى ، فكل أحد فعليه النيابة .

وسئل الهمداني « رح » عمن وجد رجلاً مع امرأةأيحل له قتله ، قال إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح . وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله ، وإن طاوعته المرأة يحل قتلها أيضاً . وقال التمرتاشي وهذا تنصيص على أن التعزير تعزيراً يملكه الإنسان ، وإن لم يكن مما صرح في المنتقى بذلك بهذا يجوز للمولى أن يعزر عبده أو أمته .

ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر ، لأنه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان ، فوجب التعزير ، وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به ، ولا مدخل للقياس في الحدود ، فوجب التعزير ،

(ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر) هذه مسألة القدوري. وقال المصنف « رح » (لأنه جناية قذف ، وقد امتنع وجوب الحد لعدم[1] الإحصان ، فوجب التعزير) بإجماع الأئمة الأربعة « رح » وأكثر العلماء . وعن داود يجب الحد على قاذف العبد . وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى يحد قاذف ذمية لها ولد مسلم .

(وكذا) أي وكذا يجب التعزير (إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به) وكذا لو قال يا نصراني أو يا ابن النصراني أو يا لوط ، أو يا من يعمل عمل قوم لوط ، أو يا من يلعب بالصبيان ، يا آكل الربا ، يا شارب الخمر ، يا ديوث ، يا فاجر ، يا منافق ، يا مخنث ، يا خائن ، يا ابن القحبة ، يا زنديق ، يا قوطان ، يا مأوى الزواني أو اللصوص عزر في ذلك كله . وفي يا لوط سئل عن نيته ، إن أراد به أنه من قوم لوط فلا شيء عليه ، وإن أراد أنه يعمل عمل قوم لوط إما فاعلاً أو مفعولاً به فعليه الحد عند أبي يوسف « رح » ومحمد وأحمد ومالك والشافعي والحسن النخعي والزهري وأبي ثور رحمهم الله، لأنه قذف بما يوجب الحد ، كما لو قذفه بالزنا . وعند أبي حنيفة « رح» لا حد عليه ويعزر ، وبه قال قتادة وعطاء . والصحيح أنه إذا كان عفيفاً يعذر . وفي فتاوى الولوالجي ولو قال يا فاجر أو يا ابن الفاجرة الفاسقة عليه التعزير فقط .

(ولا مدخل للقياس في الحدود ، فوجب التعزير) أراد أنه لم يأت نص بالحد في

---

(١) لفقد – هامش .

إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى ، لأنه من جنس ما يجب به الحد . وفي الوجـــه الثاني الرأي إلى الإمام . ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ألحق الشين به للتيقن بنفيه . وقيـل في عرفنا يعزر ، لأنه يعد سباً .

الأشياء المذكورة . وفي القياس ليس له دخل في الحدود، لأنها من المقدمات الشرعية، فإذا كان كذلك وجب التعزير لأجل الردع كما ذكرناه عن قريب .

(إلا أنه) أي عين أن الشأن (يبلغ) من التبليغ فيتبعه المجهول(بالتعـــزيرغايته في الجناية الأولى) أي فيما إذا قذف غير المحصن بالزنا (لأنــه) أي لأن القذف بالزنا (من جنس ما يجب به الحد) أي في المحصن .

(وفي الوجـــه الثاني) أي فيما إذا قـــذف المحصن ، يعني الزنا كالفسق والكفر (الرأي إلى الإمام) يرى فيه بما يقتضيه حال القاذف وحال القذف .

(ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه) فإنه يعلم أنه آدمي، وليس بحمار ، وإن القاذف كاذب ، وكـــذا لو قال يا معز ، أو يا بقر ، أو ياخنزير، أو يادب ، أو يا حجام ، أو يا مؤاجر ، أو يا عيار ، أو يا ماكر، أو يا سكوين، أو يا سخرة ، أو يا ضحكة ، أو يا بجال ، أو يا ولد الحرام ، أو يا أبله ، لم يعزر ، وقيل يعزر به . قالت الثلاثة وقال في الأجناس لو قال يا إبن القرطبان عليه التعزير ، لانه هـو الذي يعم رجلا بامرأته رجاء أن يصيب منه مـالاً . قال قوله بقرطبان الذي يرجو أن يدخل الرجال على نسائه . وقال القرطبان والكحان لم أرهما في كلام العرب ، ومعناهما عند العامة مثل الديوث أو قريباً منه ، وديوث الذي يدخل الرجل على امرأته ، ولهـذا قال أحمد في الكحان يعزر ، وبه قال أصحابنا . ولو قال يا بليد يا قذر يعزر . ولو قال يا سفيه يعزر ، ولو قال يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك ، أو قال أنت حجام أو أنت مفسد ، أو قال قول الهند « أوان لانه بمديا » .

(وقيل في عرفنا يعزر ، لانه يعد سباً) أي لان قوله يا حمار أو يا خنزير يعد سباً ،

وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزر ، وهـــذا حسن. والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وأقله ثلاث جلدات .

وقال أبو يوسف « رح » يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً ،

أي شتماً (وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنهم يلحقهـم الوحشة بذلك ، وإن كان) أي المسبوب (من العامة لا يعزر ، وهذا) أي وهــذا القول (حسن) وهو هول المصنف « رح » .

(والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وأقله ثلاث جلدات) وبه قال الشافعي «رح» في آخره . وقال في العبد تسعة عشر سوطاً . وقال مالك « رح » لا حد لأكثره فيجوز للامام أن يزيد التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك ، لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ، ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالاً فبلغ عمـر رضي الله عنه فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة أخرى ، فكلم فيه من بعـــد فضربه مائة أخرى ونفـاه . وروى أحمد باسناده أن علياً رضي الله عنه أتى بالنجاشي قد شرب خمراً في رمضان فجلده ثمانين للشرب ، وعشرين سوطاً لفطره في رمضان . ولنا قوله عليه السلام من بلغ حداً في حد غيره حـــد ، فهو من المعتدين ، ويجيء الآن . وحديث معن يحتمل أنه كانت له ذنوب كثيرة فادب على حيضها أو تكرر منه ، أو كان ذنبه مهملاً على باب أحدهما تزوير والثاني أخذ المال من بيت المال بغير حقه . والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيرة ، وغير هذا . وأما حديث النجاشي فأن علياً رضي الله عنه ضربه الحد لشربه ثم عزره عشرين .

(وقال) أبو يوسف « رح » يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً) وهذا ظاهر الرواية عن أبي يوسف « رح » ألا ترى مانقل صاحب الأجناس عن الحدود الأصل لا في التعزير ويضرب المضروب قائماً ، وأقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ أربعين سوطاً في قول أبي حنيفه « رح » ومحمد « رح ».وقال أبو يوسف « رح » يبلغ عنه خمسة وسبعين سوطاً ،

والأصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين.

ثم قال في نوادر هشام عن أبي يوسف رحمهما الله تسعة وسبعين سوطاً ، لكن هـــذا في تعزير الحر . وأما في تعزير العبد قول أبي يوسف « رح » ينقص خمسة عن اربعين ، كذا ذكره صاحب التحفة . وقول محمد « رح » في ظاهر الرواية مع أبي حنيفة « رح » وفي رواية قوله مع أبي يوسف « رح » كذا ذكره في المختلف وقول زفر « رح » مثل قـول أبي يوسف « رح » في النوادر . وذكر في شرح الاقطع زفر« رح » مثل قول محمد«رح».

(والأصل فيه) أي في هذا الباب (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) هذا الحديث أخرجه البيهقي « رح » عن خـــالد بن الوليد رضي الله عنه عن النعمان بن بشير . وقال في المحصوط [1] مرسل ، ورواه محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار مرسلاً . وقال في التنقيح رواه ابن ماجة في فوائـــده حدثنا محمد بن حصين الأصبحي ثنا عمرو بن على المقدمي حدثنا معمر عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله ﷺ من بلغ ... الحديث .

قوله من بلغ ، قال صاحب النهاية بالتخفيف هو السماع ، وهكذا ذكر في الفوائـــد الظهيرية ، فإنـــه قال بلغ بالتخفيف ، أي كما في بلغ المكان ، أي إياه ، فصار تقدير الحديث من أتى حداً في موطن لا يجب الحد فهو من المعتدين . وهكذا نقل عن العلامـة شمس الأئمة الكردري «ر ح » ، وهكذا ذكر في الكافي . وفي المغرب التنقيل إن صح على حذف المفعول الأول كما في قوله عليه السلام فليبلغ الشاهد الغائب . وقوله تعالى ﴿ بلغ ما أنزل إليك من ربك ﴾ ٦٧ المائدة، على حذف المفعول الثاني . والتعزير من بلـــغ التعزير حداً ، وإنما حسن الحذف لدلالة قوله عليه السلام في غير حد . ولهذا قالوا لا يجوز تبلغ غير الحد الحد . وقيل التخفيف أولى لعدم الحاجة إلى الإضمار . وفي الفوائد المختاريـــة بالتشديد معناه أن لا يبلغ الحد غير الحد ، وهذا غير مستقيم ، وفيه تأمل ، لأن هذا على تقدير حذف المفعول الثاني . فأما على تقدير المفعول الأول كما ذكر في المغرب مستقيم .

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل وربما أراد ــ المحفوط أنه ــ .

وإذا تعذر تبليغه حداً ، فأبو حنيفة ومحمد « رح » نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه وذلك أربعون ، فنقصا منه سوطاً . وأبو يوسف « رح » اعتبر أقل الحد في الأحرار ، إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطاً في رواية عنه ، وهو قول زفر « رح » ، وهو القياس . وفي هذه الرواية نقص خمسة ، وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ، ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر . وذكر مشايخنا « رح » أن أدناه على

(وإذا تعذر تبليغه حداً) أي تبليغ التعزير ، حداً هو منصوب على أنه مفعول المصدر المضاف إلى فاعله (فأبو حنيفة ومحمد « رح » نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه) أي صرف أبو حنيفه ومحمد « رح » التعزيز إلى حد العبد (وذلك) أي حد العبد في القذف (أربعون ، فنقصا منه) أي من الأربعين (سوطاً) .

(وأبو يوسف « رح » اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطاً في رواية عنه) أي عن أبي يوسف « رح » (وهو قول زفر « رح ») أي نقص السوط الذي هو رواية عن أبي يوسف « رح » قول زفر « رح » (وهو القياس) لأن الحاجة ماسة إلى إظهار التعارف بين الحد والتعزير ، وبنقص الواحد يقع التعارف .

(وفي هذه الرواية) أي رواية القدوري « رح » ، وهي رواية الجامع الصغير أيضاً (نقص خمسة ، وهو مأثور) أي مروي (عن علي « رض ») أي ابن أبي طالب رضي الله عنه ، وهذا غريب . وذكره البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى « رح » ، ولم يتعرض أحد من الشراح إلى بيان أصل هذا عن علي رضي الله عنه (فقلده) أي فقلد أبو يوسف « رح » علياً رضي الله عنه (ثم قدر الأدنى في الكتاب) أي قدر القدوري « رح » أدنى التعزير في مختصره (بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر) .

(وذكر بعض مشايخنا) في شروح الجامع الصغير (أن أدناه) أي أدنى التعزير (على

ما يراه الإمام بقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لانه يختلف باختلاف الناس . وعن أبي يوسف « رح » أنه على قدر عظم الجرم وصغره ، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه ، فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف .

ما يراه الإمام بقدر) يجتهد في ذلك ، وتقديره (بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لأنه) أي لأن التعزير (يختلف باختلاف الناس) لأن الناس يتعاونون ، فواحد ينزجر بأدنى ضربات ويعتبر به ، ولا ينزجر بأحيان ذلك الآخر . وروي مثل ذلك عن أبي حنيفة « رح » ، ولهذا قال في الأجناس قال أبو حنيفة « رح » في التعزير إن رأى القاضي أن يحبسه ولا يضربه فعل ذلك ، وهو إلى الوالي يعمل فيه برأيه ، وعلى الوالي أن يجتهد في ذلك .

(وعن أبي يوسف «رح» أنه) أي روي عن ابي يوسف « رح » أن التعزير (على قدر عظم الجرم وصغره) هذه رواية أبي سليمان بإملائه ، ذكره الناطفي في كتاب الأجناس . قال أبو يوسف « رح » التعزير على قدر عظم الجرم وصغره، وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك، وعلى قدر احتمال المضروب ، لضعف بدنه يتحرى في ذلك . وقال في في نوادر ابن رستم عن محمد « رح » في الرجل شتم الناس إن كان له مروءة وعظ ، وإن كان دون ذلك حبس ، وإن كان ساماً ضرب وحبس . قال والمروءة عندي في الدين والصلاح . قال في خلاصة الفتاوى سمعته من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي أو الوالي جاز ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

(وعنه) أي وعن أبي يوسف «رح» (أنه يقرب كل نوع من بابه) أي يقرب كل نوع من باب الجرم في باب التعزير ، ويوضح ذلك بقوله(فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا) يعني يعزر في اللمس الحرام والقبلة الحرام اكثر جلدات التعزير (والقذف بغير الزنا) أي يقرب القذف بغير الزنا ، لقوله يا كافر ويا خبيث (من حد القذف) فيقرب أقل جلدات التعزير . وفي شرح الأقطع لو شهدوا عند الإمام على أحد أنه قبل أجنبية أو لها رومي، أي

قال وإن رأى الإمــــام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لانه صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع بـــه في الجملة ، حتى جـاز أن يكتفى بـه ، فجاز أن يضم إليه ، ولهـذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبـــل ثبوته ، كما شرع في الحـد ، لأنـه من التعزير . قال وأشد الضرب التعزير ، لأنه جرى التخفيف فيه من حيث

شجاع عن أبي يوسف « رح » أنه على قدر ما يراه الأمام في كل نوع فالقذف بغـــير الزنا يقرب من حد القذف أو شرب الخمر من شرب الخمر والوطىء فيما دون الفرج يقرب مـن حد الزنا يعتبر كل شيء بموجده .

(وإذا رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لأنه) أي لأن الحبس (صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع بـــه في الجملة) أي الحبس . وروى الترمذي « ر ح » حدثنا علي بن سعيد الكندي وقال حدثنا ابن المبارك عن معمر عن شهر بن حليم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه (حتى جاز أن يكتفي بـــه) أي الحبس (فجاز أن يضم إليه) أي يضم الحبس إلى الضرب .

(ولهذا) الإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيـــه التعزير (لم يشرع) أي الحبس (في التعزير بالتهمة) أي بسبب التهمة (قبل ثبوته) بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصناً ، فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحسب التهـــم قبل تعزير الشهود (كما شرع) أي الحبس (في الحد) بسبب التهمة ، لأن في باب الحـــد شيئاً آخر فوق الحبس ، وهو إقامة الحد عند وجود موجبه ، فيجوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبـــة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى . وفي باب الأموال والتعزير لايحبس بالتهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس ، فلو حبست بالتهمة فيهما لكان إقامة التوبة الأعلى مقابلة الذنب الادنى ، وهو مما يأباه الشرع (لانه) أي لان الحبس (من التعزير) والتعزير لم يشرع بالتهمة لما ذكرنا.

(قال) أي القدوري (وأشد الضرب التعزير ، لانه جرى التخفيف فيه من حيث

العدد ، فلا يخفف من حيث الوصف ، كيلا يؤدي إلى فوات المقصود ، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء . قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب ، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة « رض » ، ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ، ثم

العدد ، فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود) هو الزجر. واختلف المشايخ في شدته ، قال في شرح الطحاوي وقال بعضهم هو الجمع في عضو لجمع الاسواط في عضو واحد ، ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سير الحد . وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع . وقال أحمد « رح » أشد الضرب ضرب الزاني ، ثم حد القذف ثم التعزير . وقال مالك « رح » كلها سواء . وقال الحاكم « رح » في الكافي وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا ، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب ، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف ، وضرب القاذف أحق من جميع ذلك ، ويجوز في سائره ، إلا أن في حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه .

(ولهذا) أي ولكون التخفيف في التعزير من حيث العدد دون الوصف (لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء ، قال) لأنه جرى النقصان من حيث العدد ، فلو جرى التخفيف من حيث التفريق لفات المقصود ، وهو الزجر . وذكر في المبسوط ولهذا يجرد ويعزر في إزار واحد . وعند الأئمة الثلاثة حكم ضرب التعزير حكم ضرب الزنا ، ذكر في المحيط أن محمداً « رح » ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء ، ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في الزنا . وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد .

(ثم حد الزنا) أي اشد من ضرب الشارب (لأنه ثابت بالكتاب) والسنة ، وسببه وهو الزنا من أعظم الذنوب، ولهذا شرع فيه أعظم العقوبات ، وهو الرحم .

(وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم) فلذلك كان ضرب دون ضرب الزنا فوق ضرب القذف (لأنه) أي ولأن الزنا (أعظم جناية ، حتى شرع فيه الرجم ثم

حد الشرب ، لان سببه متيقن به ، ثم حــــد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف . ومن حده الإمام أو عزّره فمـــات فدمه هـــدر ، لانه فعل ما فعل بأمر الشرع ، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ ، بخلاف الزوج إذا عزر زوجته ، لانه مطلق فيـــه

حد الشرب ، لأن سببه) وهو شرب الخمر (متيقن به) لأنه ثابت يقيناً بالبينة (ثم حـد القذف ، لأن سببه محتمل لاحتمال كونه) أي كون القاذف (صادقاً) في قذفـــه ، ولا يقدر على اثبات زنا المقذوف ، لأنه قل ما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في المكحلة (لأنه جرى فيه) أي في حد القذف (التغليظ من حيث رد الشهادة ، فلا يغلظ من حيث الوصف) فلا يغلظ بشدة الضرب وحد القذف أحـق في الجمع ، لأن شارب الخمر قل ما يخلو عن القذف ،فيصير كل شارب جامعاً بين الشرب والقذف ،فيتحق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة ،فلهذا كان ضربه أحق ضرب الشارب وإن كان منصوصاً عليه.

(ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر) يعني لا يجب شيء على الإمام على بيت المال ، وبه قال أحمـــد ومالك رحمهما الله ، إلا أن مالكاً قال إذا ضربه تعزيراً مثله لا يضمن . وقال الشافعي « رح » يضمن ، وفي محل الضمان قولان ، أحدهما في بيت المال ، والثاني على عاقلة الإمام ، هكذا ذكره الكاكي « رح » خلافه . وقال الأترازي « رح » أما هدر الدم في الحد فبالإجماع . وأما في التعزير فقد قال الشافعي «رح » يضمن في ماله ، وفي قوله في بيت المال (لأنه) أي لأن الإمام (فعل ما فعل بأمر الشــرع وفعل المأمـــور لا يتقيد بشرط السلامـة كالفصاد) الذي يفصد (والبزاغ) بفتح الباء الموحدة وتشديـد الزاء ، وفي آخره غين معجمة من بزغ البيطار الدابة من باب منع ، أي أسال دمهـــا من قوائمها واسم الحديدة التي يفعل بها ذلك المبزغ بكسر الميم ، وهو كشرط الحجامة ، وهذا إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد فمات ، أو المبزوغ المقصود لا يلزم الضمان ، كذا هنا .

(بخلاف الزوج إذا عزر زوجته) فماتت يجب عليه ضمان الدية (لأنه مطلق فيـــه)

والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق . وقال الشافعي «رح» تجب الدية في بيت المال ، لان الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال ، لان نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين ، فيكون العزم في مالهم. قلنا لما استوفى حق الله بأمره صار كأن الله أماته[1] من غير واسطة ، فلا يجب الضمان .

أي مباح فعله (والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة) فإذا فاتت السلامة يلزم الضمان (كالمرور في الطريق) والاصطياد إذا أتلف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان بكونه مقيداً بشرط السلامة ، بخلاف ما لو جامع امرأته فماتت أو أفضاها حيث لا يضمن عند أبي حنيفة « ر ح » وأبي يوسف « رح » ذكره في المحيط مع أنه مباح ، فينبغي أن يتقيد بشرط السلامة ، لأنه ضمن المهر للجماع ، فلو وجبت الدية يجب ضمانان بمقابلة فعل واحد ذكر الحاكم « رح » لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ، ويضرب ابنه على تركها .

والمعلم إذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا ، وقال مالك وأحمد رحمها الله لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ولا المؤدب في التأديب والحد والوطء إذا ضربه ضرباً معتاداً. ولو ضربه ضرباً شديداً لا ضرب مثله في التأديب يضمن بإجماع الفقهاء «رح» .

(وقال الشافعي «رح» يجب الدية في بيت المال) يعني في مسألة الإمام إذا حد وعزره فمات ، وقد مر الكلام فيه (لأن الإتلاف خطأ فيه ، إذا التعزير للتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال ، لأن نفع عمله) أي عمل الإمام (يرجع إلى عامة المسلمين ، فيكون العزم) أي غرامة الضمان (في مالهم) أي في مال المسلمين .

(قلنا لما استوفى) أي الإمام (حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة) جلد الجلاد ، وإذا كان الأمر كذلك (فلا يجب الضمان) .

فروع : يصح في التعزير الشهادة على الشهادة ، وشهادة النساء مع الرجال والعقود والتكفل النقل ، لأنه من حقوق العباد .

---

(١) في الأصل – أمانة – وهو خطأ والتصحيح من شرح فتح القدير ، اه مصححه .

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر ، وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى . والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء ، أو ابتداء لا غير ،

(كتاب السرقة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام السرقة . ولما فرغ من ذكر المزاجر المعلقة بصيانة النفوس ، شرع في ذكر الزاجر المتعلقة بصيانة الأموال وصيانة النفس أقدم من صيانة المال ، فلذلك أخر كتاب السرقة .

(والسرقة في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار) والسرقة على وزن فعلة ، بفتح الفاء وكسر العين من سرق من باب ضرب يضرب ، ولها معنى لغوي ، ومعنى شرعي ، ومعناها اللغوي هو ما قاله المصنف « رح » بقوله السرقة في اللغة إلى آخره (ومنه) أي ومن المعنى اللغوي (استراق لسمع) وهو السماع حقيقة (قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر) معناه يستمع مستخفياً . ويقال معناه رام اختلاسه سراً ، واسترقت لشياطين من الملائكة كلام (وقد زيدت عليه) أي على المعنى اللغوي (أوصاف في الشريعة) أي قيود في المعنى الشرعي (على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى) أي بيان تلك الأوصاف التي هي القيود .

(والمعنى اللغوي مراعى فيها) أي أخذ الشيء من الغير على الحقيقة مراعى في السرقة (ابتداء وانتهاء) وهي أن يوجد الحقيقة ابتداء وانتهاء (أو ابتداء لا غير) أي على وجه

كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار . وفي الكبرى على قطع الطريق مسارقة عين الإمام ، لانه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه . وفي الصغرى مسارقة عـــين المالك أو من يقوم مقامه. قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمتهعشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع . والأصل فيه قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة ،

الحقيقة (كما إذا نقب الجدار على الاستسرار) يعني ليلاً ثم استيقظ صاحب المال (وأخـذ المال من المالك مكابرة) يعني مقابلة بالسلاح ومدافعة (على الجهار) يعني أخـــذ المال في الإنتهاء (وفي الكبرى) أي في السرقة الكبرى (وهو قطع الطريق) هذا جواب عمـا يقال يرد على ما قلت قطع الطريق ، لأنه يراع فيه الحقيقة . وقد قلت المعنى اللغوي في السرقة مراعى . فأجاب بقوله وفي الكبرى أعني قطع الطريق (مسارقة عين الإمـام) لأن قاطع الطريق يأخذ المال عن المارة حقيقة عن عين الإمام الذي يحفظ الطريق (لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه) وهو جمع عون ، وهو الظهر والمرأه بأعوانه رجاله الذين في خدمته وصدهم لحفظ الطريق .

(وفي الصغرى) أي وفي السرقة الصغرى (مسارقة عين المالك) الذي هو الحافظ (أو من يقوم مقامه) أي أو مسارقة عين من يقوم مقام المالك ، سواء كان صاحب أمانة أو ضمان المستعير المستأجر والمودع والمرتهن والمضارب وللفاجر .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو مـــا يبلغ قيمتــــه عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليــــه القطع) إلى هنا لفظ القدوري .

(والأصل فيه) أي في وجوب القطع (قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقــة فاقطعوا أيديهما ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة) أي الذي يسرق والتي تسرق فاقطعوا أيديهما باتفـــاق

ولا بد من اعتبار العقـــل والبلوغ ، لان الجناية لا تتحقق دونهما ، والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير ، لأن الرغبات تفتر في الحقير ، وكذا إذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر ، لأنها فيما يغلب . والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا .

العلماء ، وهو جعل لتناول المال غير المحروز الشيء التافه الذى لا قيمة له . والحديث وهو قوله عليه السلام لا يقطع السارق إلا في المحرز ، على ما يجيء بيان الحديث (ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأن الجناية لا تتحق دونهما) أى دون العقل والبلوغ ، وإنما خص المجنون والصبي عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل (والقطع جزاء الجناية) فلا تثبت الجناية إلى المجنون والصبي والقطع عقوبة . وهما ليسا من أهل العقوبة .

(ولا بد من التقدير بالمال الخطير) أي الذي له قيمة ، وضد الخطر (لأن الرغبـات تفتر في الحقير) الرغبات جمع رغبة ، وهو مصدر رغب من الشيء رغباً ورغبــة ، وإذا أراده ورغب عنــه لم يرده ، والفتور الضعف والإنكسار المعنى أن الراغب في الشيء لا يرغب في الشيء الحقير ، (وكذا إذا أخذه لا يخفى) أي وكذا أخـــذ الشيء الحقير لا يخفى ، والذي يأخذه لا يخفيه عن الناس لحقائه، وإذا كان كذلك (فلا يتحقق ركنه) أي ركن السرقة ، وهو الأخذ عن الحقيقة وتذكير الضمير على تأويل السرقة ، لأنهـما بمعنى (ولا حكمة الزجر) أي ولا تحقيق أيضاً حكمة الزجر في أخذ الشيء لا الحقير (لأنها) أي لأن حكمة الزجر (فيما يغلب) أي وقوعها ، وكذلك في المال الخطير .

(والتقدير) أي تقدير الشيء الذي يقطع به يد السارق (بعشرة دراهم مذهبنا) وفيه مذاهب الناس . وقال الحسن وداود والخوارج وابن بنت الشافعي « رح » يقطع القليل والكثير لعموم الآية ، لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده ، متفق عليه . وقال ابن أبي ليلى « رح » لا تقطع في أقل من خمسة دراهم . وقال مالك وأحمد رحمهما الله يقطع في ربع دينار ، وتلك دراهم . وروي

وعند الشافعي « رح » التقدير بربـــع دينار . وعند مالك « رح » بثلاثة دراهم . لهما أن القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان إلا في ثمن المجن . وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخـــذ بالأقل وهو المتيقن بـــه أولى غير أن الشافعي « رح » يقول كانت قيمـة الدينار على عهـد رسول الله عليه السلام اثنى عشر درهماً والثلاثة ربعها . ولنا أن الأخذ بالأكثر في هـــذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد ،

عن مالك خمسة دراهم ، وهو المروي عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما ، كذا في جامع الترمذى . وروي عنهما أنه لا يقطع في أقل من أربعين درهماً . وهـو غير صحيح .

(وعند الشافعي « رح » التقدير بربع دينار ، وعند مالك « رح » بثلاثـــة دراهم . لهما) أى للشافعي ومالك « رح » (أن القطع على عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن) بكسر الميم وهو الترمذي سمن به اشتراه صاحبـــه من جنة الليل واجنة ، أي شره [1] . واختلفوا في ثمن الذي قطع به رسول الله ﷺ فقيل كان عشرة دراهم ، وقيل ثلاثة دراهم ، وقيل خمسة دراهم فقال الشافعي ومالك « رح » (وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخذ بالأقل ، وهو المتيقن به أولى . غير أن الشافعي « رح » يقول كانت قيمة الدينار على عهد النبي ﷺ اثنى عشر درهماً والثلاثة ربعها) واحتج بما روى الترمذي عن حمزة عن عائشة رضي الله عنها موقوفاً ومرفوعاً أن النبي ﷺ كان يقطع في ربع ، احتـــج مالك « رح » بما روي عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم .

(ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد) لأن الحدود تندريء

---

(١) هكذا الجملة في الاصل .

وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية ، وهي دارئة للحد ، وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم

بالشبهات (وهذا) أي الأخذ بالأكثر (لأن في الأقل) أي من عشرة دراهم (شبهة عدم الجناية ، وهي) أي الشبهة (دارئة للحد) الشبهة ،بيان ذلك أن في العشرة يجب القطع بالإجماع ، وفيما دونها خلافاً ، والأخذ بالمجمع عليه أولى من الأخذ ، بما فيه خلاف ، لأن أدنى درجات الخلاف إيراث الشبهة ، والحدود تندرىء بالشبهات .

(وقد تأيد ذلك) أي ماذكرنا (بقوله عليه الصلاة والسلام) أي بقول النبي ﷺ (لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم) هذا الحديث رواه الطحاوي ، قال حدثنا ابن أبي داود قال حدثنا يحيى بن عبد الحميد الحماني حدثنا فارتبك عن منصور عن عطاء عن ابن أم عزم عن أم أيمن قالت قال رسول الله ﷺ لا يقطع السارق إلا في مجن ، وقومت يومئذ على عهد رسول الله ﷺ ديناراً أو عشرة دراهم . وأخرجه البيهقي في الخلافيات.

وقال الطحاوي أيضاً حدثنا ابن أبي داود وعبد الرحمن بن عمرو الدمشقي «رح» قال حدثنا ابن خالد الذهبي قال حدثنا محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم يد رجل في مجن قيمته ديناراً أو عشرة دراهم ،.رواه أبو داود وأخرجه الحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم وشاهد حديث أيمن .

فإن قلت أيمن هذا عنده جماعة من الصحابة وقالوا إنه قتل يوم حنين ولم يدرك عطاء « ر ض » فحينئذفالحديث منقطع . قلت إن كان أيمن من الصحابة « ر ض » وعطاء لم يدركه لكن يؤيده حديث ابن عباس وإن كان تأخرت عن وفاته إلى ما بعد النبي ﷺ كما زعم الطحاوي « رح » يكون الحديث منفصلاً ، وإن كان من التابعين على ما زعمه الشافعي « رح » يكون وغيره أيضاً متصلاً محالة ، وعد جماعة أيمن من الصحابة منهم ابن اسحاق وابن سعيد وأبو القاسم البغوي وأبو نعيم وابن المنذر وابن نافع وابن عبد البر .

ومما يؤيد مذهبنا مارواه النسائي من حديث عبد الله بن ادريس عن محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً ، فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق

دراهم، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الاعلى « رح » عن محمد بن إسحاق قال ، قال رسول الله ﷺ لا تقطع يد السارق في دون ثمن المجن . قال عبد الله كان ثمن المجن عشرة دراهم .

وأخرج أحمد « رح » في مسنده عن الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب به مرفوعاً لا تقطع يد السارق في أقل من عشرة دراهم ، ورواه إسحاق بن راهويه في مسنده . وروى ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينه عن النبي ﷺ قال عمر مابلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه ، وكان ثمن المجن عشرة دراهم .

وروى الطبراني في الأوسط حدثنا محمد بن نوح بن حرب حدثنا خالد بن مهران حدثنا أبو قطيح البلخي عن أبي حنيفة «رح» عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود . وعن النبي ﷺ قال لا قطع إلا في عشرة دراهم . وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه أخبرنا الثوري عن عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم بن عبد الرحمن قال، قال ابن مسعود رضي الله عنه لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم .

(واسم الدراهم تطلق [1] على المضروبة عرفاً) أي ينطلق على المكسورة في عرف الناس ، غير المكسورة لا يسمى دراهم في العرف ، وتكلم العلماء في الدراهم ، بل يشترط عشرة دراهم مضروبة أم لا . ونقل المصنف لفظ القدوري « رح » بلفظ المضروبة كما ذكر عن قريب .

(وهذا) أشار به إلى قوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً (تبين لك اشتراط المضروب ، كما قال في الكتاب) كما قال القدوري في مختصره (وهو) أي الذي ذكره في الكتاب (ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق

---

(١) تنطلق — هامش .

عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل ، لأنه المتعارف في عامة البلاد .

عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع) أي ظاهر الرواية هو الأصح، احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » أن المضروب وغير المضروب سواء ، ذكره في المحيط .

وقال الأترازي في في نقل المصنف عن القدوري نظر ، لأن الشيخ أبا نصر ذكر ذلك في الشرح الكبير ، وهو تلميذ القدوري رواية المختصر ، ولم يقيد المضروبة، بل أثبت الرواية بقوله مضروبة أو غير مضروبة ، ثم قال أما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة فهو قول أبي حنيفة « رح » ، ثم قال وروى بشر عن أبي يوسف « رح » وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبراً لا يقطع . وقال في التحفة ذكر أبو الحسن الكرخي « رح » أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة ، وكذا روي عن أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبراً لم تكن مضروبة . وروى الحسن «رح» عن أبي حنيفة «رح» إذا سرق عشرة مما يروج بين الناس قطع ، فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجاً يقطع فيه ، إلى هنا لفظ التحفة ، يعني اشتراط المضروبة في العشرة لأجل رعاية الكمال في الجناية .

وقال الكاكي رحمه الله هذا دليل الأصح يعني في شروط العقوبات يراعى وجودها على صفة الكمال ، وبالتبر أنقص من المضروب قيمته ، ولهذا شرطنا الجودة ، حتى لو سرق زيوفاً أو بنهرجة أو ستوقة لا يجب القطع،ذكره في شرح الطحاوي ، لأن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر ، فأدرك شبهة ، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، هذا نتيجة ماقبله ، وهو ظاهر . والتبر هو القطع المأخوذ من المعدن .

(والمعتبر) يعني في عشرة دراهم سبعة مثاقيل من الذهب (وزن سبعة مثاقيل ، لانه المتعارف في عامة البلاد) وزن الدراهم أربعة قراريط ، ووزن الدينار عشرون قيراطاً مائتا درهم وزن مائة وأربعين مثقالاً ، وزن كل مثقال درهم وثلاثة أسباع درهم ، وقد مر

وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ، إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ، ولا بد من حرز لا شبهة فيـــه ، لأن الشبهة دارئة ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال والعبد والحر في القطع سواء ، لأن النص لم يفصل، ولأن التنصيف متعذر ، فيتكامل صيانة لأموال الناس ،

في كتاب الزكاة من هذا ، لانه هو المتعارف في عامة البلاد ، وعلى هذا استقر الامـــر في ديوان عمر رضي الله عنه ، فتعلق الاحكام بهذه الدراهم كنصاب الزكاة وتقادير الديات . وقال في شرح الطحاوي يعتبر قيمة السرقة وقت السرقة وعند القطع عند الكرخي (رح).

(وقوله) أي وقول القدوري (أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ، إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها) أي بالدراهم (وإن كان ذهباً) واصلاً بما قبله ، وإن كان ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ذهباً . وفي المحيط لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم يقطع، وما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنـــه قال لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم أو بالدينار ، قاله أو بالدينار القوم بقيمة الشرع عشرة دراهم إلا الدينـــار المقوم بقيمـــة الوقت ، لان القيمة باعتبار العرف مختلف ، قد يكون عشرة ، وقد يكون عشرين، وقد يصير ثمانية دراهم . قلت قيمة الدينار في زماننا هذا ثلاثمائة وثلاثون درهماً ، وقد كان في الاول بعشرين درهماً ، فلم يزل تبرأ إلى أن بلغ هذا المبلغ .

(ولا بد من حرز لا شبهة فيه ، لان الشبهة دارئة ، وسنبينه) أي رافعة للحـــد، والحرز المكان الحريز، وهو الذي يحوز[1] فيه أي الشيء، أي يحفظ، والمراد بالحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً (من بعد إن شاء الله تعالى) سنبين الحرز في فصل الحرز إن شاء الله تعالى .

(قال والعبد والحر في القطع سواء ، لان النص لم يفصل) قال الله تعالى ﴿ والسارق والسارقة ﴾ ... الآية ، فبعمومه يتناول الحر والعبد (لان التنصيف متعذر) أي ينصف القطع الذي هو الحد مشهور (فيتكامل صيانة لاموال الناس) أي فيتكامل الحد الذي

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد به – يحرز – اه مصححه .

ويجب القطع بإقراره مرة واحدة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يقطع إلا بالإقرار مرتين ، ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين ، لأنه إحدى الجهتين ، فتعتبر بالأخرى ، وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا .

هو القطع ، لاجل حفظ أموال الناس، لان في تركه لاجل تعذر التنصيف فساداً لا يخفى كما في القصاص (ويجب القطع) أي قطع يد السارق (بإقراره مرة واحدة) هذا لفظ القدوري (وهذا) أي لإقراره مرة واحدة (عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح ») وبه قال أكثر العلماء .

(وقال أبو يوسف « رح » لا يقطع إلا بإقراره مرتين) وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد وزفر وابن شبرمة رحمهم الله ، وكذا الخلاف في شرب الخمر (ويروى عنه) أى عن أبي يوسف « رح » (أنهما) أي الإقرارين ينبغي أن يكونا (في مجلسين مختلفين) كذا ذكر الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير . وذكر بشر « رح » رجوع أبي يوسف « رح » الى قولهما (لانه) أي لان الإقرار (إحدى الجهتين) وهما البينة والإقرار (فيعتبر) أى الإقرار (بالاخرى) أى بالحجة الاخرى (وهي البينة) فإن البينتان تثبتان (كذلك اعتبرنا في الزنا) كما اعتبرنا الإقرار ها هنا بالبينة ، كذا بمسنده في الزنا حيث شرطنا الإقرار فيه أربع مرات كما أن البينة فيه أربع ، ولانه روى أبو داود عن أبي أمته[1] المخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بلص قد اعترف فقال له ما أخالك سرقت ، قال بلى ، فأعاده عليه مرتين أو ثلاثاً فقطع فعلم بهذا أن الإقرار مرة واحدة لا يوجب القطع ، ويؤيده ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رجلاً أقر عنده بسرقة مرتين ، فقال قد شهدت على نفسك شهادتين ، فأمر به فقطع وعلقها في عنقه .

---

(١) هكذا الإسم في الاصل .

ولهما أن السرقة قـــد ظهرت بالإقرار مرة ، فيكتفى به ، كما في القصاص وحد القذف ، ولا اعتبار بالشهادة ، لان الزيادة تفيـــد فيها تقليل تهمة الكذب ، ولا تفيد في الإقرار شيئاً ، لانه لا تهمة ، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار و الرجوع في حق المال لا يصح أصلاً ، لان صاحب المال يكذبه ، واشتراط الزيادة في الزنا ، بخلاف القياس ، فيقتصر على مورد الشرع .

(ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مـرة ، فيكتفى به) أي بالإقرار مرة واحدة (كما في القصاص وحد القذف) وغيرهمـا ، فإن الإقرار فيها يكفي بمرة واحـدة (ولا اعتبار بالشهادة) هذا جواب عن قياس أحـــد الحجتين بالأخرى ، وبيان العارف بيانه هو قوله (لأن الزيادة تفيد فيها) أي في الشهادة (تقليل تهمة الكذب ، ولا يفيد في الإقرار شيئاً، لانه لاتهمة) أي في الإقرار ،لأن الإقرار إن وقع صادقاً ، فلا يرد أو صدقاً بالثاني ، وإن وقع كـذباً فلا يتغلب صدقاً بالتكرار وبالرجوع جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع عن إقراره واحتمال أن يثبت عليه فيؤكد على قبوله بالتكرار ، فأجاب بقوله (وباب الرجوع) أي عـــن **الإقرار (في حق الحد** لا ينسد بالتكرار) لانه لو أقر مراراً كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد ، لانه يكذب له .

(والرجوع في حق المال في السرقة لا يصح أصلاً ، لان صاحب المال يكذبه) فلا يصح ، فظهر الفرق بهذا أن لا فائدة في تكرار الإقرار في حق القطع ، ولانه في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار (واشتراط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله كذلك اعتبرنا في الزنا معنى اشتراط الزيادة في الزنا (بخلاف القياس) وفي المحيط والمبسوط والقياس في الزنا أن يكتفي بالإقرار مرة واحدة فيه ، فاشتراط التكرار فيه على خلاف القياس بالنص (فيقتصر على مورد الشرع) أي على مورد النص ، والنص الوارد في الزنـــا لا يكون وارد في باب السرقة ، لان في السرقة ورد نص آخـــر ، وهو أنه عليه الصلاة

قــال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق، وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها

والسلام قطع سارقاً بالإقرار مرة واحدة .

وأما حديث المخزومي فلا يدل على اشتراط مرتين ، بل دل أنه عليه الصلاة والسلام احتاط في درئه وعلى حثه على الرجوع ، وهو مستحب ، أو على جواز تلقين الرجوع . وكذا حديث علي رضي الله عنه بدليل قوله شهدت على نفسك مرتــين ، وكذا قاله الكاكي « رح » . وقال الاترازى «رح» والذي روي عن علي رضي الله عنه من التكرار أمراً اتفاقي لا قصدي ، وفيه تأمل .

(قال) أي القدوري (ويجب) أي القطع (بشهادة شاهــدين لتحقق الظهور) أي ظهور السرقه بالشهادة (كما في سائر الحقوق) ولا خلاف فيه لأهــل العلم كما في القصاص (وينبغي أن يسألهم الإمام عن كيفية السرقة) بأن يقال كيف سرق ، فالإحتمال أنــه نقب البيت فأدخل يده أو أخذ المتاع فذهب حيث لا ينقطع على ظاهر الرواية، خلافاً لما روي عن أبي يوسف « رح » في الأمالي ، وكذا إذا قال صاحباً له على الباب لا يقطــع واحد منها ، لأنه في الأول مختلف لا هاتك الحرز ، لأن هتك الحرز في البينة لا يكون إلا بالدخول ، بخلاف صندوق الصيرفي ، وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطــع على التمام من كل واحد منهما ، بخلاف ما إذا رمى الثوب من البيت إلى الطريق ، ثم أخــذ فخرج فأخذ حيث يقطع ، لأن الفعل الموجب للقطع ، ثم به وجده .

(وماهيتها) أي يسأل عن ماهية السرقة بأن يعود ما هي لاحتمال أن المسروق شيء تافه ، أو ما يتسارع إليه الفساد ، أو مال ذي رحم محرم منه ، أو مال فيــه شركة للسارق ، أو مال أحد الزوجين ، أو دراهم المديون أخذهما السرقة بقدر حقه ، أو أقل من قدر النصاب . ويحتمل أن الشاهدين نسباه إلى السرقــة لإستراق الكلام ، كما قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر ، أو لإنه لا يعتمد في الركوع والسجود . وقد ورد في الحديث أن أسوأ الناس سرق من صلاته فلا بد إذن من السؤال عنها .

(وزمانها) أي ويسأل عن زمان السرقة بأن يقال متى سرق لاحتمال التقــادم ، لأن

ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود . ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة . قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع ، وإن أصابه أقل لا يقطع ،

التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة ، بخلاف الإقرار لعدم التهمة . وقال الكاكي « رح » هذا إذا ثبتت السرقة بالبينة ، أما إذا ظهرت السرقة بالإقرار لا يحتاج الإمام إلى السؤال عن الزمان ، لأن تقادم العهد لا يمنع صحة الاقرار ذكره في المبسوط والمحيط .

فإن قيل ينبغي أن يكون التقادم غير مانع ها هنا ، لما أن الشاهد في التأخير غير متهم ، إذ لا يقبل شهادة بدون دعوى المالك ، كما في حد القذف لشرطية الدعوى . قلنا قد تقدم جوابه في باب الزنا ، ذكره في الإيضاح .

(ومكانها) أي ويسأل عن مكان السرقة لاحتمال أنه سرق في دار الحرب ، أو سرق من مستأمن في دارنا لا قطع فيه استحساناً ، لأن حرمة ماله مؤقتة لا مؤبدة . أو سرق من غير الحرز ، أو من بيت أذن له بالدخول فيه ومن حمار أو نهار أو بالليل يقطع ، لأنه لا يؤذن بالدخول في الليل، ذكره في شرح الطحاوي .

(لزيادة الإحتياط) في السؤال عن مكان السرقة (كما مر في الحدود ، ويحبسه)أي كما مر ، مثل هذه الإشارة في كتاب الحدود ، وتجب بالنصب عطفاً على قوله أن يسألها أو يحبس ليحي الإمام السارق (إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة) أي لأجل تهمة السارق، لأنه صار حياً منها بالسرقة فيحبسه تعزيراً عليه ، وقد حبس رسول الله ﷺ رجلا بالتهمة ، وقد مر ذلك في كتاب الحدود ، وإنما يحبسه إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ، لأن التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز ،لعدم التلافي إذا وقع الغلط ، فتعين الحبس لئلا يفوت الحق بالهرب .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم وإن أصابه أقل) أي أقل من نصاب السرقة (لا يقطع) وبه قال الشافعي

لان الموجب للقطع سرقة النصاب و يجب على كل واحد منهم بجنايته ، فيعتبر كمال النصاب في حقه.

« رح » والثوري وابن الماجشون والمالكي . ونقل عن ابن الماجشون « رح » يقطمون بكل حال . وقال مالك وأحمد وأبو ثور رحمهم الله يقطع الكل، لأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع فيه الواحد والجماعة كالقصاص . قلنا كل واحد يقطع بجنايته والجناية الموجبة للقطع سرقة النصاب ولم يوجد ، بخلاف القصاص . فإن فعل كل واحد جناية موجبة القصاص، لأن خروج كل واحد صالح لخروج الزوج .

(لأن الموجب للقطع سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته، فيعتبر كمال النصاب في حقه) أي في حق كل واحد منهم ، وهذا الذي ذكره فيما إذا لم يكن بين الجماعة صبي أو مجنون أو أخرس أو ذو رحم محرم من صاحب المال . وإذا كان واحد منهم في الجماعة لا قطع . وعند أبي يوسف « رح » أن ولي الصبي أو المجنون إخراج المطاع ، فلا يقطع ، وإذا ولي غيرهما قطع لقول الوالي والله أعلم .

* * *

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة. والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه، أي الحقير،

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

أي هذا باب في بيان ما يقطع فيه السارق، وفي بيان ما لا يقطع فيه. ولما ذكر تفسير السرقة وشروطها، شرع في تعداد الشروع الذي يوجب القطع، والذي لا يوجب.

(ولا يقطع فيما يوجد) بانها بالتاء المثناة من فوق وبالفاء - أي خصيرا سيروا - (تافهاً مباحاً) وهو ما يخير فيه العاقل من التحصيل والترك في دار الإسلام، قيد به لأن الأموال كلها على الإباحة (في دار الاسلام كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) بالفتحات وهو الطين الأحمر، ويجوز تسكين عينها، والعامة يقولون بضم الميم وسكون العين والنون والواو [1] لا بالهمزة، وهي معروفة.

(والأصل فيه) أي في عدم القطع في الناقة وما يوجد مباحاً في دار الاسلام (حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. وزاد في مسنده ولم يقطع في أي من ثمن مجن أو ترس، انتهى. ورواه مرسلاً أيضاً. (أي الحقير) تفسير من المصنف «رح» وليس من الحديث.

---

(١) هكذا الكلام في الأصل وفيه خطأ واضح ربما هو من الناسخ، اهـ مصححه.

وما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورة غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه ولهذا

(وما يوجد جنسه) أي الذي يوجد جنسه، وهو في محل الرفع على الابتداء، وخبره قوله حقيراً ، أي ما يوجد جنسه حال كونه (مباحاً في الأصل بصورة) احترز به عن الأبواب والأواني المتخذة من الجث والحصر البغدادية ، فإن فيها القطع لتغيرها بتباعد الصورة الأصلية بالصفة المتفق عنه (غير مرغوب فيه) غير منصوب على أنه صفة لقوله مباحاً ، واحترز به عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فيها ، فانتفت الحقارة عنها ، وكذلك اللؤلؤ وسائر الجواهر . (حقير) قد ذكرنا أنه خبر المبتدأ (تقل الرغبات فيه) جملة استئنافية ولا تطنبوا به ، أي لا تبخلوا به،والطنابة بالشيء البخل به ، ويجوز فتح الطاء وكسرها فيه فقل ما يوجد أخذه على كره من المالك وكتابه ، فلما وطالما موصولة نقله الطرزي عن ابن الحو ، ولكن ابن درستويه لم يجز أن يوصل شيء من الأفعال بما سوى نعم وبئس ، هذا إذا كانت كافة ، وإذا كانت مصدرية فليس إلا الفصل .

قوله على كره بالفتح والضم لغتان ، يعني كالخطف والمضعف . وحاصل المعنى أي قليل الخاف المستقنة بالمالك إذا أخذ مايؤخذ أخذجنسه مباحاً في الأصل لصورته غير مرغوب فيه ، لأن النصة بالأشياء الحقيرة من غاية دناء الهمة وخسة النفس ، كما إذا كان كذلك فلا حاجة إلى الشرع أخبر فأخذها حقيقة لوجود الرضى من المالك غالباً .

فإن قيل ما فائدة هذه التأكيدات ويكتفي بقوله غير مرغوب فيها . أجيب بأن مثل هذه التأكيدات جاءت في كتاب الله تعالى،مع أنه متعال عن الشهوة والغلط ، كما في قوله تعالى ﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن ﴾ ٢٢٢ البقرة ، فأولى أن يجيء في كلام الزاهدي هو مظنة السهو ، ولإزاحة ما يوهم السامع من وقوع السهو ، كذا في النهاية وقال الكاكي ويمكن أن يقال في هذه التأكيدات إشارة إلى نفي أوصاف يوجب عدم القطع في الذهب والفضة ، فإن كل وصف من هذه الأوصاف يوجب عدم القطع ، فصارت كلها منفية في الذهب والفضة .

(ولهذا) أي ولأجل عدم الحاجة إلى الزاجر في سرقة ما يوجب جنسه مباحاً في

لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ، ولأن الحرز فيها ناقص .
ألا ترى أن الخشب تلقى على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة
لا للإحراز . والطير يطير ، والصيد يفر .

الأصل (لم يجب القطع بسرقـــة ما دون النصاب) لاشتراكهما في المعنى الموجب لنفي القطع (ولأن الحرز فيها) أي في الأشياء المذكورة وهي الخشب والقصب إلى آخر مـــا ذكره (ناقص) وأوضح نقصان الحرز فيها بقوله (ألا ترى) بقوله (أن الخشب تلقى على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز) أما السياج والأبنوس فإنه يقطع فيهما، لأن العادة جارية بإحرازهما ، وكذلك يقطع في الخشب المعمول ، لأنه وجدت فيه صفـة هي نزلى قيمة على قيمة الأصل .

وعن أبي يوسف في نوادر هشام أنـه قال أنا أقطع من كل شيء سرق إلا في الشراب والسرقين . قال في شرح الأقطع ، وهو قول الشافعي . وزعم أصحابه في المـاء والتراب وجهين . وروي عن أبي يوسف في الهـاروني قال أقطع من كل شيء إلا في الخشب . في الاملاء قال أبو يوسف أقطع في كل شيء إلا في الماء والتراب والطين والجص والعـــارف والنبيذ ، ومن جملة الأشياء التي ذكرها المصنف التي لا قطع فيها الزرنيخ . قال الأترازي ينبغي أن يجب القطع في الزرنيخ،لأنه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائرالأموال.

قلت على ما ذكره ينبغي أن يقطع في المعـدة ، لأنها تحرز عند العطارين وتبـــاع بالأرطال . وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور يتعلق القطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته نصاباً إلا التراب والسرقين . وروى هشام عن محمد إذا سرق الذهب أو الفضة أو اللؤلؤ والجوهر على الصورة التي يوجد مباحة ، وهو المختلط بالحجر والتراب لا يقطع في ظـاهر المذهب ، لا يقطع لأنه ليس سرقة حقاً . وكل من يتمكن من أخـــذه لا يتركه ويتم إحرازه عادة .

(والطير يطير والصيد يفر) وهـــو معطوف على قوله الخشب تلقى على الأبواب . وأراد به الطير المذكور في أول الباب وكذلك الصيد ، فإذا كان الأمر فيهما كما ذكر تقل الرغبة فيهما ، فلا يشرع الزاجر في مثلها .

وكـــذا الشركة العامة التي كانت فيه ، وهو على تلك الصفة تورث الشبهة ، والحد يندرىء بهـــا . ويدخل في السمك المالح والطري. وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا . ولإطلاق قوله عليـــه السلام لا قطع في الطير .

(وكذلك الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد ، يعني مباح للعامـة ، لقوله ﷺ الصيد لمن أخذ، فكان كمال بيت المال والمغانة والحشو والخبث فلا قطع فيهـــا ، كـــذا أقره الكاكي وقـــال (إلا الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جنسه مباحاً (وهو على تلك الصفة) أي والحال أنه على تلك الصفة التي كان عليهـــا ، وهي مشتركة يحترز فيها على الأبواب والأواني المتخذة والخشب كما ذكره (تورث الشبهة)خبر قوله وهو على تلك الصفة ، أي تورث شبهة الإباحة (والحدود تندرىء بها) أي بالشبهة.

(ويدخل في السمك المالح والطري) أي يدخل في إطلاق القدوري لفظ : سمك طرية ويابسة وهو المالح والمقدد، نص على ذلك الكرخي. وقال ابن زاهد يقال سمـــك ملح وملح،ولا تلتفتن إلى قوله –الزاجر يطعم المالح والطري– فإنه مولد لا يؤخذبقوله.

(وفي الدجاج) أي ويدخل في إطلاق القدوري لفظ الطير والدجاج (والبـــط والحمام لما ذكرنا) أشار بـــه إلى قوله والطير يطير ، والصيد يفر ، يعني الطيران والفرار دليل على نقصان الحرز ، فلم يقطع لهذا . قال في الجامع الصغير رجل سرق طيراً يساوي عشرة دراهم لا يقطع ، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايـــخ فيه ، قال بعضهم أراد به الطائر الذي يكون طيراً سوى الدجاج والبط ، فيجب فيهـما القطع ، لأنه بمعنى الأهلي . وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور ، وهذا القول أصح . وذكر في كتاب [1] ولو سرق شيئاً من الدجاج أو البط أو الحمام لايجب القطع.

(ولاطلاق قوله ﷺ لا قطع في الطير) هذا غريب مرفوعاً ، ورواه ابن أبـــي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق موقوفاً على عثمان ، فإنه قال لا قطع في الطير . وأخرج

---

(١) لم يذكر في الأصل اسم الكتاب ، اهـ مصححه .

وعن أبي يوسف « رح » أنــــه يجب القطع في كل شيء الا الطين والـتراب والسرقين ، وهو قول الشافعي ، والحجـة عليه ما ذكرنا .
قال ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة ، لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ،

البيهقي عن أبي ذر انه المرسلة ، قال ليس على سارق الحمام قطع . قال البريقي أراد الحمام في غير حرز ، وقال الشيخ علاء الدين التركماني ظنه الحمام بالتخفيف وإنمـــا هو الحمام بالتشديد ، ويعرب عليه ابن أبي شيبة في مصنفه باب الرجل يدخل الحمام فيسرق ، حدثنا يزيد بن الحباب أخبرني معاوية بن صالح حدثني أبو زياد عن علي عن جرين عن أبي الدرداء أنه سئل عن سارق الحمام ، فقال لا قطع عليه .

(وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين ، وهــو قول الشافعي ، والحجة عليهما ما ذكرناه) أي على أبي يوسف والشافعي مـــا ذكرناه عن حديث عائشة رضي الله عنها .

(قال) أي القدوري (ولا قطع فيما يسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكـــه الرطبة) وعن أبي يوسف أن عليه القطع ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، والفواكـه الرطبة كالبطيخ والفواكه على الشجر ، والزرع الذي لم يحصد . واحتجوا بما روي في شرح الآثار ان رسول الله ﷺ حدث عن التمر المعلق ، فقال لا قطع فيه إلا ما أواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيها القطع ، وما يبلغ ثمن المجن نفسه غرامة مثله وجلدات تـكال .

وحجة أبي حنيفه ومحمد ما ذكره بقوله (لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر) هذا أخرجه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن ابن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان أن غلاماً سرق وولى من حائط فرفـــع إلى مروان قاض بقطعه فقال رافع بن جريـــح قال النبي ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر ، ورواه ابن حبـــان في صحيحه .

قوله ولا كثر بفتح الكاف والثاء المثلثة ، قال أبو عبيد الكثر جـــار النحل في كلام الأنصار وهو الجذب أيضاً . وقال ابن داير أهل العراق يسمون الجمار الجذب .

والكثر الجمار ، وقيل الودي . وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه وما في معناه كاللحم والتمر ، لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً . وقال الشافعي « رح » يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ، فإذا أواه الجرين أو الجران قطع .

وأشار المصنف إلى تفسير أبي عبيد بقوله (والكثر الجمار) بضم الجيم وتشديد الميم ، وفي آخره راء . وقال الجوهري الجمار شحم النحل (وقيل الودي) بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء وهو السيل ، وهو صغار النحل . وقال الأترازي تفسير الجمار بالودى لم يثبت في قوانين اللغة (وقال عليه السلام لا قطع في الطعام) هذا غريب بهذا اللفظ وأخرج أبو داود في المراسل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لا قطع إلا في الطعام . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حفص عن أشعث بن عبد الملك وعمر وعن الحسن أن النبي ﷺ أتى برجل سرق طعاماً فلم يقطعه ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثورى عن رجل عن الحسن ، فذكره وزاد قال سفيان هو الطعام الذي يفسد بعد من نهاره كالثريد واللحم .

(والمراد به والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه) أي المراد من الطعام المذكور في الحديث المذكور المهيأ ، أي المجهز للأكل كالخبز واللحم ذكره في الإيضاح (وما في معناه) أي عبر ما بمعنى ما يهيأ للاكل (كاللحم والتمر) لف ونشر ، لأن قوله كاللحم نظير قوله كالمهيأ للاكل ، وقوله والتمر نظير ما في معناه (لأنه) أي لأن السارق (يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً) لأنها لا يسارع إليها الفساد ، هذا إذا لم يكن العام عام مجاعة وتحطاما إذا كان فلا قطع ، سواء كان مما يسارع إليه الفساد أو لا ، وعن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة وروي عن النبي ﷺ أنه قال لا قطع في مجاعة مضطر .

(وقال الشافعي يقطع فيها) أي فيما ذكر من اللبن واللحم والفواكة الرطبة والطعام بقوله (عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ما إذا أواه الجرين أو الجران قطع) هذا الحديث

قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع . قال لا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز ، ولا يقطع في الأشربة المطربة

غريب ، بهذا اللفظ . وروى مالك في الموطأ قال أبو مصعب أخبرنا مالك عن عبدالله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي أن رسول الله ﷺ قال لا قطع في ثمر معلق ولا في مريسة حبل ، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن قوله مريسة حبل ، قال ابن الأثير ليس فيما بالحبل إذا سرق قطع ، لأنه يحرز ، والحريسة [1] فعيلة به بمعنى مفعولة ، أي أن لها من يحرسها ويحفظها .

والمراح بضم الميم الذي فيه براح النعم . والجرين بفتح الجيم هو الذى تسميه أهل العراق وأهل الشام الأندر وأهل البصرة الخرجان . وقد يقال له أيضاً بالحجاز المريد . وقال في المغرب الجرين المريد ، وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف ، وجمعه جرن وجران البعير يقدم عنقه من مذبحة إلى منحرة ، والجمع جرن ، فجاز ان يسمى به الجران متخذاً منه .

(قلنا أخرجه) أي أخرجه النبي ﷺ (على وفاق العادة) لأنهم كانوا لا يصنعون في البحرين إلا اليابس ، فيصرف اللفظ إلى اليابس ، وهو معنى قوله (والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر ، وفيه القطع) أي وفي اليابس من الثمر في الرواية المشهورة.

(قال) أي القدوري (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد ، لعدم الإحراز) لأن شرط القطع هتك الحرز ، ولم يوجد الحرز (ولا يقطع في الأشربة المطربة) أي المسكرة بلا خلاف ، أما عند الأئمة الثلاثة ، فلأنه كالخمر عندهم ، وعندنا إن كان الشرب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد ، وإن كان مراً فإن كان خمراً فلا قيمة لها . وإن كان غيرها فللعلماء في تقومها خلافاً فلم يكن فيما ورد به النص ، لأن ذا مال متقوم بالإجماع ،لأن ولكل أحد تأويل أخذه للإراقة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

---

(١) وردت قبلاً مريسة ، وهنا حريسة ، اهـ مصححه .

لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، ولأن بعضها ليس بمـــال ، وفي مالية بعضها اختلاف ، فيتحقق شبهة عـدم المالية . قال ولا في الطنبور ، لأنـــه من المعازف ، ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية . وقال الشافعي « رح » يقطع ، لأنـــه مال متقوم ، حتى يجوز بيعه .

وصرح الطرب في الإيضاح والتمرتاشي المرأة بالمطربة المسكرة. وفي الصحاح الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حرارته . وقال في الأصول السكر بغلبة سرور فالتصافي معنى السرور ، فاستعير ما للاطراب للاسكار ، وقيد الأشربة بالمسكرة لأنه يقطع في الخل ، لأنه لا تسارع إليه الفساد ، وذكره في الإيضاح .

(لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، لأن بعضها ليس بمال) كالخمر (وفي مالية بعضها اختلاف) كالمنصف والبازق ، وأما الذرة والشعير فإن كل مسكر حـرام عند الشافعي كالخمر ، ولا مالية له (فيتحقق شبهة عدم المالية) لأن الإختلاف في إباحته يورث شبهة في عدم المالية . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير في باب الأشربة ما يتخذ عن الحنطة والشعير والعدس والذرة حلال في قول أبي حنيفة ، حتى أن الحد لا يجب فيه وإن سكر في قوله . وروي عن محمد أن ذلك حرام يجب الحد بالمسكر . وقال في سرقة الأصل لا يقطع في الخل ، لأن الخل قد صار خمراً قوة . وفي نوادر ابي يوسف بروايـــة علي بن الجعد لا قطع في الأشربة والجلاب .

(ولا في الطنبور) أي ولا قطع في الطنبور وما أشبهه من الملاهي بلا خلاف للأئمة (لأنه من المعازف) أي لأن الطنبور من المعازف ، وهو جمع معزف ، وهو آلة اللهو . وفي الجمهورة المعازف الملاهي. وقال قوم من أهل اللغة هو إسم يجمع العود والطنبور وأشباههما . وقال آخرون بل المعازف التي استخرجها أهل اليمن (ولا في سرقـة المصحف) أي ولا قطع أيضاً في سرقة المصحف (وإن كان عليه حلية) كلمة إن واصلة بما قبله .

(وقال الشافعي يقطع لأنه) أي لأن المصحف (مال متقوم لأنه يباع ويشترى) وهو

وعن أبي يوسف « رح » مثله . وعنه أنــــه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً لأنها ليست من المصحف ، فيعتبر بانفرادها . ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخـــذه القراءة والنظر فيه . ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحليـــة ؛ وإنمـــا هي توابـع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر ، وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهومعنى قوله حتى يجوز بيعه (وعن أبي يوسف مثله) أي وروي عن أبي يوسف مثل قول الشافعي (وعنه أيضاً) أى وروي عن أبي يوسف أيضاً (أنه يقطع إذا بلغت الحليـــة نصاباً) أى عشرة دراهم (لأنها) أى لأن الحلية (ليست من المصحف ،فيعتبر بانفرادها) أى وحدها بدون المصحف .

(وجه الظاهر) الرواية وهو عدم القطع (أن الأخذ) أى أخذ المصحف (يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه) وبه قال أحمد في رواية أن أخذه بتأويـل القراءة والنظر فيه لإزاحة اشكال وقع القطع ولا يجب الشبهة .

(ولأنه) أى ولأن المصحف (لا مالية له على اعتبار المكتوب)لأن معنى الماليـــة فيه تبع لا مقصود (وإحرازه) أى إحـــراز المصحف (لأجله) أى ولأجل المكتوب (لا للجلد والأوراق) إذ ليس إحرازه لأجل الجلد والأوراق (والحلية) أى ولا الحلية (وإنما هي) أى الجلد والاوراق والحلية (توابع) للمكتوب (ولا معتبر بالتوابع كمن سرق آنية فيها خمر ، وقيمة الآنية تربو ، أى تزيد على النصاب) أى على عشرة داهم ، لأن المقصود ما فيها الآنية ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وهو رواة المختلف على المختلف ، وكذا لو سرق ثوباً خلقاً لا يساوى نصاب السرقة ، فوجد فيه عشرة دراهم ، ولم يعلم السارق بها لا قطع عليه ، لأن ماهو المقصود ليس بنصاب وإن علم قطع . وعن أبي يوسف يقطع في الحالين .

فإن قلت يجب القطع في الاوراق قبل الكتابة ، فبعدها أولى ، لانها زادت بهـــا .

ولا يقطع في أبواب المسجد الحرام لعدم الإحراز ، فصار كباب الدار بل أولى ، لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ، ولا يحرز بباب المسجد ما فيه ، حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه . قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج

قلت الفرق بين الحالين ظاهر ، لان الاوراق هو المقصود قبل الكتابة وبعدها صارت تابعة لما فيها ، وما فيها ليس بمال كالقلادة يجب فيها القطع ، فإذا سرق كلباً عليه القلادة لا يقطع ، لانها صارت تبعاً للكلب .

(ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الاحراز ، فصار كباب الدار) أى فصار حكم سارق باب المسجد في عدم القطع كحكم سارق باب الدار بل أولى أى (بل هو أولى) من سارق باب المسجد (لأنه يحرز بباب الدار ما فيها) أى ما في الدار (ولا يحرز بباب المسجد ما فيه) أى مافي المسجد (حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه) أى متاع المسجد. وقال الكاكى قوله فصار كباب الدار والمختلف على المختلف بل الأوجه تعليل الثاني ، وهو أنه لا ملك له في باب المسجد . والتعليل العام عندنا أن الأبواب لا تكون محرزة عادة ، لأنه يحرز به ، فلا يكون هو محرزاً عادة .

وقال الشافعي وابن القاسم والمالكي وأبو ثور وابن المنذر يقطع سارق باب المسجد ، لانه سرق نصاباً محرزاً بحرز مثله ، وكذا سارق باب الدار ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية كقولنا لعدم الإحراز . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير فإن أعاد هذا الفعل ، أى سرقة أبواب المسجد حد ، فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب ، ولا يقطع في أستار الكعبة ، وبه قال أحمد . وعند الشافعي وأحمد هو الاصح ، لانه لا يقطع ، لانه ليس له ملك معين ، فأشبه مال بيت المال ، كذا في شرح الوجيز .

(قال) أى القدوري (ولا الصليب) أى ولا يقطع في سرقة (الصليب من الذهب) وكذا من الفضة والصليب عود مثلث معبدة النصارى ، ويعمل من فضة وذهب وسائر المعدنيات (ولا الشطرنج) أى ولا يقطع أيضاً في سرقة الشطرنج بكسر الشين على

ولا النرد ، لأنه يتأول من أخذها الكسر نهياً عن المنكر ، بخلاف الدرهم الذي عليـــه التمثال ، لأنه ما أعد للعبادة فلا يثبت شبهة إباحته بالكسر . وعن أبي يوسف أنـــه إن كان الصليب في المصلى لا يقطـع لعدم الحرز ، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ، ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليـــه حلي ، لأن الحر ليس بمال ، وما عليه من الحلي تبع له

وزن لوطنت (ولا النرد) أي ولا يقطع أيضاً في سرقة النرد بفتح النون والراء وبالدال المهملة ، وهو إسم أعجمي معرف بين الغامرين ولا قطع فيــه عندنا . ولو كان من ذهب ، وبه قال أحمد والشافعي يقطع ، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد .

(لانه) أي لان السارق (يتأول من أخذها) أي من أخذه هذه الاشياء(الكسر) يعني يقول أخذتها لا كسر (نهياً عن المنكر) أي لاجل النهي عن المنكر (بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال) أي الصورة (لانه) أي لان مثل هذا (ما أعد للعادة) ولا للهـــو فيجب القطع (فلا يثبت شبهة إباحة الكسر) يعني التأويل فيه بأنه أخـــذه للكسر لا يفيد ، ولا يردد القطع .

(وعن أبي يوسف أنه) أي إن كان السارق (إن كان الصليب في المصلى) أي في مصلاهم ، أي في موضع صلاة النصارى ، وبه صرح في المحيط (لا يقطع لعدم الحرز) لانه يثبت مأذون في دخوله (وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز) قال الاترازى وإن كان في يد رجل منهم محرزاً عنده قطع له .

(ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي) أي ثياب نفيسة (لان الحـر ليس بمال وما عليه من الحلي تبـع له) وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور والثورى وابن المنذر وقال الحسن ومالك والشعبي يقطع بسرقة الحر الصغير ، لانه غير مميز ، فأشبـه العبد ، وهو قول أبي يوسف إذا كان عليه حلي قدر نصاب ، على ما يأتي .

ولأنه يتأول في أخـــذه الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته . وقال أبو يوسف يقطـع إذا كان عليه حلي هو نصاب ، لأنـــه يجب القطع بسرقته وحده ، فكذا مع غيره . وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذاً أو ثريد ، والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير ، لأنه غصب أو خداع ، ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها ،

(ولأنه) ولان السارق (يتناول في أخذه الصبي إسكاته) بأن رآه وهـــو سكنى (لو حمله إلى مرضعته) ليلا يضيع .

(وقال أبو يوسف فيقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب، لانه يجب القطع بسرقتـــه وحده) أي بسرقة الحلي الذي هو نصاب، والحلي بفتح الحاء وكسر اللام على وزن ظبي، وهل كل ماليس من ذهب أو فضة أو جوهر رجعه حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديـد الياء . ويجوز كسر الحاء أيضاً وجمع الحلية عليه بكسر الحاء وبالقصر ، وروى ضم الحاء أيضاًوليس بقياس (فكذا مع غيره) أي فكذا يقطع إذا كان الحلي مع غيره وهو الصبي.

(وعلى هذا) أي وعلى هذا الخلاف (إذا سرق إناء من فضة أو ذهب فيـه نبيذ) أي خمر (أو ثريد) بالثاء المثلثة ، فعند أبي يوسف يقطع إذا بلغ نصاباً ، وبـه قال الشافعي ومالك وأحمد . وعند أبي حنيفة ومحمد لا يقطع ، لأن الإناء تبع المظروف وهو المقصود بالأخذ ، فإذا لم يجب القطع فيما هو الأصل أحل الأقل ، فكيف يجب فيما هو التبع .

(والخلاف) المذكور في صبي لا يمشي ولا يتكلم (كيلا يكون) أي الصبي (في يـــد نفسه) حتى لو كان يتكلم ويمشي ويعبر لا يقطع سارقه إجماعاً،لأنه في يد نفسه ، ويكون يداً على نفسه وعلى ما هو تابع له فكان أخذه خداعاً ، كذا في المحيط .

(ولا قطع في سرقة العبد الكبير ، لأنه غصب أو خداع) أي بطريق المخادعـة بأن قال له اعمل معك كذا وكذا فانخدع كذلك (ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققهـا) أي لتحقق السرقة (بحدها) أي بحد السرقة . وقال ابن المنذر أجمع على هذا أهل العلم إذا

إلا إذا كان يعبر عن نفسه ، لأنه هو البالـغ سواء في اعتبار يده .

وقال أبو يوسف « رح » لا يقطـع وإن كان صغيراً لا يعقـل ولا يتكلم استحساناً ، لأنـــه آدمي من وجـــه ومال من وجه .

ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعاً به أو بعوض أن يصير منتفعاً به ، إلا أنـــه انضم إليه معنى الآدمية ، ولا قطع في الدفاتر كلها ، لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال

لم يعبر عن نفسه ولا يميز لا قطع فيها بالإجماع إلا أن يكون نائماً أو مجنوناً أو أعجميـــاً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعـــة ، فحينئذ قطع . وللشافعي في أم الولد النائمة وجهان ، وعنده لا قطع في الآدمي الذي يفعل ، سواء كان نائماً أو مجنوناً أو أعجميـــاً وإن كان يقظان ولا يأخذه إلا متعالياً أو مخادعاً ، وذا ليس بسرقة (إلا إذا كان) أي الصغير (يعبر عن نفسه ، لأنه هو والبالغ فيه سواء في اعتبار يده) على دافعه .

(وقال أبو يوسف لا يقطع إذا كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم إستحساناً لأنه آدمي من وجه ومال من وجه) فكونه آدمياً ظاهراً ، وكونه مال من وجه من حيث أنـــه يباع ويشترى ويوهب فأورث شبهة دارئة للحد .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه) أي أن العبد الصغير (مال مطلق) من حيث أنه لا يقظان فيه (لكونه منتفعاً به) في الحال (أو بعوض يصير منتفعاً به) في المستقبل إن كان لا يتكلم ولا يمشي في الحال ، والعرض بمعني العارض ، يقـال عرض له عرض أي أصابه عارض من مرض أو نحو ذلك (إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية) أي غـير ذلك أنه ، أي أن العبد الصغير مال (لكن انضم إليه) إلى كونه مالاً معنى الآدميـــة ، فلم يوجب ذلك نقصاً في المالية ، فلم يورث شبهة (ولا يقطع في الدفاتر كلها) أراد بالدفـاتر الصحائف ، وهو جمع دفتر، قاله الأترازي . وقال الأكمل يعني سواء كان فيها علم الشريعة أو الأدب أو الشعر .

(لأن المقصود ما فيها ، وذلك ما ليس بمال) أما كتب الفقـــه والحديث والتفسير

إلا في دفاتر الحساب ، لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ ، فكان المقصود هو الكواغد . قال ولا في سرقة كلب ولا فهد ، لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة

فكالمصحف وقد بينا وجهه . وأما كتب الشر والأدب فاختلف المشايخ فيها فقيل يلحقه بدفاتر الحساب . وقيل يلحقه بالفقه والتفسير والحديث ، لأن معرفتها قد يتوقف على اللغة والحاجة .

وإن قلت كيف لا يرد الشبهة الإباحة ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام ، وعندالشافعي ومالك وأحمد يقطع في الدفاتر كلها سواء كان فيها علوم الشريعة أو غيرها .

(إلا في دفاتر الحساب) وهي دفاتر أهل الديوان حيث يقطع فيها إذا بلغ نصاباً (لأن ما فيها) أي في دفاتر الحساب (لا تقصد بالأخذ) إذ لا يتعلق به إلا مصلحة شخص معين (فكان المقصود هو الكواغد) وهي الاوراق ، فيجب القطع لانها مال .

(قال) أي القدوري في مختصره (ولا في سرقة كلب ولا فهد) أي ولا قطع في سرقتها ولا خلاف فيه إلا لاشهب المالكي ، فإنه قال ذلك في المنهي عن اتخاذه ، فأما المأذون في اتخاذه فكلب الصيد والماشية فيقطع سارقه (لان من جنسها) كان ينبغي أن يقال من جنسها بضمير التثنية وهو الاصح (ما يوجد مباح الاصل) أراد أن حبس ذلك يؤخذ مباحاً ما فيها دار الإسلام ولا قطع في الناقة (غير مرغوب فيه) منصب على الحال . والدليل على أنه غير مرغوب فيه أن من يجده يتركه وإن كان قادراً على أخذه . قلت هذا يمشي في الكلب غير المعلم ، أما في الكلب المعلم والفهد فلا يمشي فلينظر فيه .

(ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب) فعند الشافعي وأحمد ومالك في رواية داود لا مالية في الكلب ، ولهذا حرموا ثمنه ، لان ممه باطل ، وعند عطاء وابراهيم النخعي وابي حنيفة وصاحبيه يجوز بيع الكلاب التي ينتفع بها ويباح أثمانها ، فهذا يدل على أن فيها المالية ، فإذا كان كذلك (فأورث) اختلاف العلماء (شبهة) وهي دارئة .

ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار ، لان عندهما لا قيمة لهما . وعند أبي حنيفة « رح » أخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والأبنوس والصندل لانها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام

(ولا قطع في دف) بفتح الدال ، وفتحها [1] كذا قال ابن دريد وهو نوعان، مربع ومدور (ولا طبل) في طبل الغزاة اختلف المشايخ ، والأصح أنه لا يقطع (ولا بربط) بباءين مفتوحتين وبينهما راء شبيه العود فارسي معرب ، وأصله – بربت – لان التضارب به يضعه على صدره إسم الصدر – بر – قاله ابن الاثير (ولا مزمار) بكسر الميم وهو الآلة التي يزمر بفمها أي يغني . قال ابن الاثير والقصبة التي يزمر بها زمارة وهي الزمار والمزمور سواء ، وهذا بالاختلاف بين أصحابنا (لأن عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (لا قيمة لهما) أي لهذه الأشياء المذكورة ، فلا يكون فيها القطع .

(وعند أبي حنيفة أخذها يتأول الكسر فيها) فلا يقطع ، ولكن يجب الضمان عنده لغير اللهو (ويقطع في الساج) بسين مهملة وجيم في آخره، وهو نوع من الشجر معروف يعظم جداً ، وأصله سوج بفتحتين ، يقال ساج سوجة، أي مخروطة متجوفة الجوانب الاربعة تحمل من بلاد الهند إلى سائر البلاد ، لانه لا ينبت إلا بها (والقنا) جمع قناة وهي خشبة الرمح لانها متعلقة من الواو [2] (والأبنوس) بفتح البـاء معربَ ، وهو معروف . وعن محمد إذا عمل بالأبنوس شيئاً قطع به ، ولا قطع في الساج إلا إذا عمل به شيئاً (والصندل) وهو خشب آجر أصفر طيب الرائحة .

(لانها) أي لان هذه الاشياء الاربعة (أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ، ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الإسلام) ولا يؤخذ مباحة إلا في دار الحرب، فلا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع .

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد وضمها ، اهـ مصححه .

(٢) هكذا الكلام في الاصل ، وهو غير مضطرد ، اهـ مصححه .

قال ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد، لأنها من أعز الأموال وأنفسها ولا توجـــد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصارت كالذهب والفضة. وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطـــع فيها، لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة، ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير، لأن الصنعة فيـــه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز، وفي الحصر البغدادية، قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصبغة على الأصل، وإنما يجب القطع في غير المركب،

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ويقطع في الفصوص الخضر) وهي تعمل من الفيروزج والزمرد (والياقوات) وهو من أعز الاحجار ، وهـــو أحمر وأصفر وأخضر وأغرها الاحمر (والزبرجد) قال الجوهري الزبرجد جوهر معروف ، وليس فيه معرفة . قلت هو حجر أخضر تفاق الياقوت الاخضر ، وليس لقوته ولا فعله ، وليس منه منفعة الاحسن منظر (لان هذه الاشياء من أحسن الاموال وأنفسها ، ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الإسلام غير موغوب فيها ، فصار كالذهب والفضة) .

(وإذا اتخذ من الخشب) أي من الخشب الذي لا قطع فيه (أواني) جمـــع آنية (وأبواب) بالرفع أى فاتخذ أبواب (قطع فيها ، لانها بالصنعة التحق بالاموال النفيسة) لان الصنعة الغالبة خرجته من حكم أصله ، فصار المال لمعنيين .

(ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير) والتواري (لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس) أي على أصله (حتى يبسط في غير الحرز) فلا يخرج من كونها تافهاً .

(وفي الحصر البغدادية قالوا) أي المشايخ (يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل) وكذلك الحصر المصرية، والحصر العباد العبد كذلك. وعند الثلاثة يقطع في المعمولة وغير المعمولة (وإنما يجب القطع في غير المركب) يعني في الأبواب، لأنها تحرز. وأما المركب

وإنما يجب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله ، لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس ، لأنه يجاهر بفعله ، كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

على الجدار لا قطع فيه عندنا . وفي المبسوط سرق باب دار أو مسجد لا يقطع ، لأنه ظاهر غير محرز . وعند الثلاثة يقطع في باب الدار (وإنما يجب) أي القطع في باب الغير المركب (وإذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حملة ، لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته) وقال الأترازي في هذا نظر ، لأن عدم الرغبة في سرقته بواسطة الثقل لا يورث نقصاناً في المالية ولا في الحرز ، فاذا حصلت سرقة مال يتيم من حرز كامل فيجب القطع ، ولهذا يفرق الحاكم بين الثقيل والخفيف ، بل أطلق الرواية ، ولذلك أطلقوا الرواية في شرح الجامع الصغير وشروحه ، وكذا القدوري أطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي وكذا أطلق في الشامل في قسم المبسوط .

(ولا قطع على خائن ولا خائنة) قال الإمام بدر الدين الكردي « رح » الخائن من يخون فيما في يده من الأمانة كالمودع والخائنة للمؤنث (لقصور في الحرز) فكان شبهة في سقوط القطع (ولا منتهب) أي ولا قطع أيضا على منتهب ، وهو إسم فاعل من الإنتهاب ، وهو أن يأخذ على وجه العلانية ، فهذا من بلدة أي قرية (ولا مختلس) أى ولا قطع أيضاً على مختلس ، وهو إسم فاعل من الإختلاس ، وهو الإختلاف وهو أن يأخذ وهو قريب الشيء بسرعة الأكم الحلسة . وقال الأكمل الإختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة وجهراً وهو قريب من قول المنصف (لأنه مجاهر بفعله) ولا قطع في هذه الأشياء بإجماع العلماء وفقهاء الأمصار لعدم صدق السرقة عليها .

(كيف يجب وقد قال النبي عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن جريح عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ،

ولا قطع على النبّاش وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وقال أبو يوسف والشافعي « رح » عليه القطع ، لقوله عليه السلام من نبس قطعناه ، ولأنه مال متقوم

ورواه الطبراني في الأوسط من حديث الزهرى عن ابن أبي مالك بنحوه مرفوعاً .

(ولا قطع على النباش) هو الذى ينبش القبور ويأخذ كفن الميت (وهذا) أى عدم القطع على النباش (عند أبي حنيفة ومحمد) وبه قال الثورى والاوزاعي والزهرى ومكحول ، وهو مذهب ابن عباس رضي الله تعالى عنه .

(وقال أبو يوسف والشافعي عليه القطع) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ، وهو مذهب الحسن والشعبي والنخعي وداود وحماد وعمر بن عبد العزيز . وفي المبسوط وهو مذهب عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم . وقال مالك في الموطأ وإذا بلغ ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع . وقال أحمد إذا خرج من القبر كفناً قيمته ثلاثة دراهم قطع . وقال الكاكي ثم الكفن الذى يقطع به ما كان مشروعاً ،فإذا كان أكثر من كفن السنة أو ترك في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيب مجموع أو ذهب أو فضة أو جوهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك ليس بكفن مشروع فالترك فيه تضييع وسفه ، فلا يكون محرزاً فلا يقطع سارقه .

وفي الوجيز لا قطع على نباش في تربة ضايعة ويقطع إذا سرق من قبر محرز محروس ، وفي مقابل البلاد وجهان . وفي الزيادة على العدد الشرعي الكفن للوارث فهو الخضير [1] في السرقة . وإن كفنه أجنبي فالطلب للاجنبي ، وبه قال أحمد في وجه . وقال في وجه لا يفتقر إلى الطلب .

(لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ (من نبش قطعناه) هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة بإسناد فيه من يجهل حاله عن البراء بن عازب مرفوعاً . وقال في الكاكي أول الحديث من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، ومن نبش قطعناه (ولانه مال متقوم)

---

(١) هكذا الكلام في الاصل .

محرز بحرز مثله فيقطع فيه . ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ، ولأن الشبهة تمكنت في الملك ، لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار ، لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود ، وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ،

لان الكفن ثوب متقوم وباللباس الميت لا تحصل صنعة المالية فيه (محرز) مثله ، كما أن الاصطبل للدواب ، لانه يعتبر حرز كل شيء (بحرز مثله) وهو يحفظ فيه عادة، فيكون القبر حرز الكفن (فيقطع فيه) لانه حرزه . ألا ترى أن الصندوق حرز للدرة ، حتى لو سرق درة من اصطبل لا يقطع . وحرز الدابة الاصطبل ، وحرز الشاة الحظيرة ، حتى لو سرق من الحظيرة الثياب النفيسة لا يقطع .

(ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد قال (في قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا قطع على المختفي) هذا حديث غريب لا أصل له . وعن ابن عباس ليس على النباس قطع ، رواه ابن أبي شيبة (وهو النباش بلغة أهل المدينة) قال في ديوان الادب اختفاه ، أي أخرجه . وقال في المجمل والنباش مختف ، لانه مستخرج للاكفان .

(ولأن الشبهة تمكنت في الملك) يعني في كون الكفن ملكاً (لأنه لا ملك للميت حقيقة) وهو ظاهر (ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلط في المقصود وهو الانزجار ، لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود) لأن الطباع السليمة تنفر عنه ، والكفن شيء يهيز لا تميل إليه الطباع المستقيمة .

(وما رواه) أي الشافعي «رح» (مرفوع) إلى النبي ﷺ ، وقد ذكرنا أن الحديث الذي استدل به أبو حنيفة ومحمد غريب ليس له أصل. وما استدل به أبو يوسف والشافعي أقوب (أو هو محمول على السياسة) هذا جواب بطريق التسليم ، والإمام ذلك إذا أعاد به عليه أون الحديث من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، والمراد منه السياسة ، لأنه أضاف إلى نفسه . ولو كان بطريق القصاص لما أضافه إلى نفسه ، بل أضافه إلى الولي .

وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على هذا الخلاف في الصحيح لما قلنا . وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه . ولا يقطع السارق[1] من بيت المال ، لأنه مال العامة.

(وإن كان القبر في بيت مقفل) قال الكاكي بسكون القاف ، يقال أقفل الباب ، وقفل الأبواب مثل أغلق وغلق ، ذكره في الصحاح . حاصله أنه يقال أقفل البـــاب من الإقفال إذا ذكر مفرداً وقفل الأبواب بتشديد القاف [2] من التفضيل إذا ذكر الأبواب كما يقال أغلقت الباب ، وغلقت الأبواب (فهو على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور ،يعني لا يقطع عندهما خلافاً لأبي يوسف (في الصحيح) احترز به عما يقال بعض المشايخ أنـــة يقطع ، وقال السرخسي في مبسوطه والأصح عندي أنه لا يقطع .

(وكذا) أي من الخلاف المذكور (إذا سرق من تابوت في القافلة وفيـــه الميت) لا يقطع عندهما بلا خلاف لأبي يوسف (لما بينا) أي لما بينا من الحديث ، وهو قوله عليه السلام لا قطع في المختفي ، ومن الدليل المعقول وهو قوله لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث.

(ولا يقطع السارق من بيت المال) وبة قال الشافعي وأحمد والنخعي والشعبي والحكم، وقال مالك وحماد وابن المنذر عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فأتي به إلى النبي ﷺ فلم يقطعه . وقال فهاذا سرق ، وقيل يقطع لظاهـــر الكتاب ، ولأنه سرق مالاً محرزاً ، ولا حق له فيها قبل الحاجة . ولنا مارواه عـن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن عبداً من رقيق الخمس ، فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه،وقال مال الله سرق بعضه بعضاً . وعن عمر رضي الله عنه مثله . وعن ابن مسعود رضي الله عنه فيمن سرق من بيت المال قال أرسله من أحد الأدلة في هذا المال حـــق وعن علي رضي الله عنـــه مثله .

وتعليل المصنف يؤخذ منه حيث قال (لأنه) أي لأن مال بيت المال (مال العامة)

---

(١) من قوله فهو على هذا الخلاف إلى قوله لا يقطع السارق ساقط من الأصل، اه مصححه .

(٢) ربما أراد الفاء ، لأن القاف لا تشدد هنا ، اه مصححه .

وهو منهم . ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا . ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ، لأن التأجيل لتأخر المطالبة ، وكذا إذا سرق زيادة على حقه ، لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً فيه .

أي عامة الناس (وهو منهم) أي الذي سرق من العامة ، فيكون له فيه حق فيسقط القطع للشبهة (ولا من مال) ولا يقطع من سرق من مال (للسارق فيه شركة) لأن الملك من أقوى الشبه ، ولهذا لا يجب حد الزنا بوطء الأمة المشتركة (لما قلنا) أن للسارق فيه حق . قال الكاكي صورته لو سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالاً مشتركاً بينهما لا يقطع عندنا ، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد . وقال في قول إذا سرق من بيت الشريك قدر النصاب ، يعني زيادة على حقه ففيه القطع ، وبه قال مالك .

(ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها) أي مثل دراهمه (لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه) وبهذا ليس لصاحب المال أن يرد أمر ذلك (والحال المؤجل فيه) أي في عدم القطع (سواء إستحساناً) لوجود المسح للاخذ ، ويقطع قياساً لانعدام الإطلاق في الأخذ (لتأخير المطالبة) في الحال . وعند الشافعي إن لم يكن الغريم مما طلا لا قطع ، وإن كان مماطلا لا يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية .

وقال الشافعي في وجه إذا بلغت الزيادة على حقه نصاباً يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في اختلاف جنسه وجهان ، في وجه يقطع ، وبه قال مالك وأحمد . والأظهر أنه لا يقطع . ولم يذكر القدوري هذه المسألة في مختصره ، وذكرها في شرحه . وذكر القياس والإستحسان . والمصنف لم يذكر وجه القياس . وذكر وجه الإستحسان بقوله لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، أي لان التأجيل في الدين لتأخير المطالبة إلى حلول الاجل وهو لا نصر ملك الدين .

(وكذا إذا سرق زيادة على حقه) أى وكذا لا يقطع عندنا إذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه (لانه لمقدار حقه يصير شريكاً) فتتمكن الشبهة .

وإن سرق منه عروضاً قطع ، لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً بالتراضي . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يقطع ، لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهناً . قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر

(وإن سرق منه عروضاً قطع) يعني إذا أخذ عروضاً مكان الدراهم يقطع (لانه ليس له ولاية الإستيفاء منه) أى من الديون الإستيفاء منه (إلا بيعاً بالتراضي) أى إلا من حيث البيع بالتراضي والبيع مبادلة المال بالمال على وجه التراضي . والفرق بين أخذ جنس حقه وبين أخذ جنسه ظاهر ، وهو جنس التفاوت ، ولهذا إذا سلم إليه المديون له أن يمتنع من ذلك ، بخلاف تسليم الدراهم حيث يجزىء .

(وعن أبى يوسف أنه لا يقطع ، لان له أن يأخذه) أى لان السارق له أن يأخذ غير جنس حقه (عند بعض العلماء) وهو ابن أبى ليلى ، فإن عنده له أن يأخذ خلاف جنس حقه بعض لوجود المجانسة من جنس المالية ، وبه قال الشافعى أيضاً . وإن لم يدع الاخذ لحقه ، فيصير اختلاف العلماء شبهة للسقوط (قضاء من حقه) أى من حيث القضاء من حقه (أو رهناً بحقه) أى أو يأخذه من حيث أنه الرهن بحقه . وقال في كتاب السرقة فإن قال لما أردت أن آخذ العروض رهناً بحقي أو قبضاً بحقى درىء عنه القطع للمحاشمة وإن كان حقه دراهم فوق دنانير تقطع ، كذا ذكر القدورى في شرحه وقيل تبع للمجانسة بينهما من حيث التسمية على ما يجىء الآن .

وكذا القطع إذا سرق حلياً من فضة وحقه دراهم ، لانه لا يصير قصاص جقه ، بل يصير بيعاً مبتدأ . ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع ، إلا أن يكون المولى وكيلهما بالقبض ، فحينئذ لا يجب القطع . ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع ، لان حق الاخذ لغيره وهو سرق من غريم أبيه الصغير لا يقطع ، والمسائل مذكورة في فتاوى الولوالجي وغيره .

(قلنا هذا) أراد به قول ابن أبي ليلى (يستند إلى دليل ظـاهر) إذ القياس أن لا

فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى بـه ، حتى لو أدى ذلك درىء عنه الحد ، لأنه ظن في موضع الخلاف . ولو كان حقـــه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع ، لأنه ليس له حق الأخذ . وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد . ومن سرق عيناً فقطع فيها فردها ثم عـــاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع ، والقياس أن يقطـع ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » ، وهو قول الشافعي « رح » لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بـل

يأخذ جنس حقه في الدين الحال ، لان حقه في الوصف ، وهـــذا عين ، لكن تركناه لعلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس بفتحتين التفاوت ، فلا يترك القياس (فلا يعتبر) أي قوله (بدون اتصال الدعوى به) أي بقوله (حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخـــذه قضاء لحقه أو رهناً به (درىء الحد عنه لانه ظن) أي لان فعله ظن (في الخلاف) فـلا ينفك ينقل شبهة ، وإذا كان هو مخطئاً في ذلك التأويل .

وعندنا (ولو كان حقه دراهم فوق دنانير قيل يقطع) كذا ذكر القدوري ، لانهـــا لا تصير قصاصاً بحقه، فليس له أن يأخذها ، وهو معنى قوله (لانه ليس له حق الاخذ . وقيل لايقطع لان النقود جنس واحد) من حيث المشمة .

(ومن سرقه عيناً تقطع فيها فردها)أي فرد العين المسروقة إلى مالكها لم يتغير (في موضع ثم عاد فسرقها وهي) أي والحال أن العين المسروقة بحالها (لم يقطع) أي ثانيـــاً (والقياس أن يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وهـــو قول الشافعي) وقول أحمد (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (فإن عاد فاقطعوا) هذا رواه الدارقطني في سننه عن الواقدي عن ابن أبي ذئب عن خالد بن سلمة أراد عن أبي سلمة عـــن النبي ﷺ إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يـده ، فان عاد فاقطعوا رجله (من غير فصل) يعني قاله مطلقاً من غير فصل بين تبدل العين وعدمه .

(ولأن الثانية) أي السرقة الثانية (متكاملة كالاولى) أي كالسرقة الاولى (بـــل

أقبح لتقدم الزاجر . وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة . ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى . وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه ، بخلاف ما ذكر ، لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ، ولأن تكرار الجناية منه

أقبح) من الاولى وأفحش (لتقدم الزاجر) فان الإقدام عليها مع سبق الزاجر أشد قبحاً ، فكان أحق بإيجاب القطع .

(وصار) أي هذا (كما إذا باعه المالك) أي كما إذا باع المسروق (من السارق ثم اشتراه منه ، ثم كانت السرقة) أي ثم وجدت السرقة وكانت تامة .

(ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) في حق السارق (على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى) أشار به إلى قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه قبل باب ما يحدث السارق في السرقة قريباً من صفحة ، وبالرد إلى المالك ، هذا جواب عما يقال العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك ، فأجاب بقوله (وبالرد) أي وبرد المعنى المسروقة المؤدية (إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط) أي سقوط العصمة (نظراً إلى اتحاد الملك) احترازاً عما إذا لو تبدل الملك في ذلك،وهو جواب عن قوله كما إذا باعه السارق من المالك إلى آخره (والمحل) احترازاً عما إذا تبدل المحل كما في صورة الفرد كما يجيء عن قريب (وقيام الموجب) أي موجب سقوط العصمة (وهو القطع فيه) وهو احتراز عما كان قبل القطع .

(بخلاف ما ذكر) يعني بخلاف ما ذكر أبو يوسف من صورة البيع (لان الملك قد اختلف باختلاف سببه) وذلك لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان . وأصله حديث بريرة حيث قال لها النبي ﷺ لك صدقة ولنا هدية (ولأن تكرار الجناية) عطف على قوله ولنا أن القطع ، وهو دليل آخر تقرير تكرار الجناية منه بالعود إلى سرقة ما

نادر لتحمله مشقة الزاجر ، فيعرى الإقامة عن المقصود ، وهو تقليل الجناية وصـــار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول . قال فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع ، لأن العين تبدلت ، ولهذا يملكه الغاصب به ، وهذا هو علامة التبدل في كل محل . وإذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه ، فوجب القطع ثانياً .

قطع فيه (نادر) جداً (لتحمله مشقة معه الزاجر ، فتعرى الإقامة عن المقصود ، وهو تعليل الجناية) فلا يحتاج إليها .

(وصار) أي هذا صار (كما إذا قــذف المحدود في القذف المقذوف الأول) بالزنا الأول ، فإنه لا يحد نظراً إلى عراية عن مقصود الإقامة . وذكر الإمام الزعزي هذا إذا قذفه يعني ذكر الزنا ، أما لو نسب إلى غير ذلك الزنا يحد ثانياً .

(قال) أي القدوري (فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطــع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع ، لأن العين قد تبدلت ، فتبدلها عن حالها) صارت في حكم عين أخرى ، فلو سرق أخرى يقطع ثانياً فقطع فيها ثم سرق عيناً أخرى فقطع ثانياً فكذا هنا (ولهذا يملكه الغاصب به) أي بالنسج ويقطعه حق المغصوب منه عن المغصوب (وهذا هو علامة التبدل) أي ثبوت ملك الغاصب بالنسج دليل تبدل العين ، وإلا لما انقطع حق المالك (في كل محل) في الثوب وغيره .

(وإذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه) بالجر عطفاً على قوله من اتحاد المحل ، يعني لما تبدل المحل بأن كان ثوباً بعد أن كان غزلاً انتفت شبهـــة سقوط العصمة التي نشأت من اتحاد المحل ووجود القطع في ذلك المحل ، فصار في حكم غير أخرى ، فإذا كان كذلك (فوجب القطع ثانياً) .

فصل في الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع . فالأول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز .

(فصل في الحرز والأخذ منه)

أي هذا فصل في بيان الحرز . والحرز في اللغة الموضع الحريز ، وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء أي يحفظ . وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة والشخص بنفسه ، والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً . قوله (والأخذ منه) أي من الحرز . ولما احتاجت السرقة إلى وجود المالية وإلى الحرز عند العامة شرع من الحرز شرط القطع عند عامة أهل العلم . وحكي عن عائشة رضي الله عنها والحسن والنخعي فمن جمع المال ولم يخرج به من الحرز عليه القطع . وعن الحسن مثل قول الجماعة .وحكى داود أنه يعتبر الحرز لإطلاق الآية ، وهذه أقوال شاذة غير ثابتة . وقال ابن المنذر وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه فهو كالإجماع والأخبار التي وردت في القطع تخصيص الآية .

(قال) أي القدوري (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) أما السرقة من أبويه فلا قطع فيها بالإجماع وقال الأترازي وكيف يقول بالإجماع وقد قال الكاكي وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر والحزني من أصحاب أحمد « رح » يقطع السارق من أبويه لظاهر النص ، وكذلك السرقة من الجد وإن علا ، وكذا إذا سرق الأب من ولده . وأما السرقة من ذي رحم محرم منه كالأخ والأخت والعم والخال فذلك عندنا لا يقطع . وقالت الثلاثة يقطع .

(فالأول وهو الولاد) أي قرابة الولاد (للبسوطة في المال) أي للبسط وهو السعة في اللغة النشر (وفي الدخول في الحرز) والحاصل أن المانع من القطع في سرقة الولد من الديه والعكس أيضاً أمران ، أحدهما الإنبساط بينهم في المال ، والآخر الأول بالدخول

والثاني للمعنى الثاني ، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها ، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقة . وفي الثاني خلاف الشافعي «رح» لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة ، وقد بيناه في العتاق .

في الحرز ، وهو معنى قوله . وفي الدخول [١] والحرز ، ولهذا يمنع الولاد قبول شهادة أحدهما للآخر ويستحق النفقة في مال أبويه إذا كان فقيراً . ولو سرق الأب أو الجد وإن علا ، والأم والجدة وإن علت من مال الولد ، وإن سفل لا يقطع خلافاً لأبي ثور وابن المنذر.

والثاني للمعنى (والثاني) أي عدم القطع في السرقة من ذي الرحم المحرم (للمعنى الثاني) وهو كونه يدخل في الحرز بدون الاذن (ولهذا) أي ولاجل المعنى الثاني (أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها) أي من المحارم وبعض النسخ فيها وموضع الزينة اليد ، لانها موضع السوار والشعر ، لانه موضع العربول والعضد موضع اليد ملوح ، والصدر موضع القلادة والساق موضع الخلخال .

(بخلاف الصديقين) متصل بقوله لم يقطع ، وهو جواب عن سوال بأن يقال الاذن بالدخول كما وجد في سائر المحارم ، وجد في الصديقين أيضاً ، ومع هذا إذا سرق أحدهما من الآخر فقطع فأجاب بقوله بخلاف الصديقين (لانه) أي لان الذي سرق من صديقه (عاداه بالسرقة) لانه لما سرق ظهر أنه عدو وعلى هذا تنتفي الصداقة فيقطع .

(وفي الثاني) يعني في السرقة من ذي رحم محرم (خلافاً للشافعي «رح» لانه ألحقها) أي لان الشافعي « رح » ألحق قرابة ذي رحم محرم كالاخ والعم والخال (بالقرابة البعيدة) كابن العم ، ولا معنى لإلحاقها بها مع وجود السارق ، لان القرابة البعيدة يجوز فيها المناكحة ، وبخلاف قرابة ذي رحم محرم (وقد بيناه في العتاق) أي بينا الخلاف في مسألة ملك ذي رحم محرم منه عتق .

---

(١) في – هامش .

وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة ، وهـــذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف التهمـة ، بخلاف النسب. وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو من زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة . وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيـــه فكذلك الجواب عندنا خلافاً للشافعي « رح »

بل يقطع وإن كانت المحرمية موجودة ، وكذلك إذا ثبتت المحرمية بالتقبيل عن شهوة .

(وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا (الأخت من الرضاعة) يعني أن الأم من الرضاعة أشبه إلى الأخت من الرضاعة في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاعة موجبة للقطع بالإجماع ، فيجب أن يكون من بيت أمـــه من الرضاع كذلك . وجه الأقربية أي إلحاق الرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا (وهـذا) أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة) أي بلا انبساط كما ذكرنا (تحرزاً) أي احترازاً (عن موافق التهمة بخلاف النسب) أي الأم ونحوها . وقال الأترازي وكان هذا وقع جواباً عن قول أبي يوسف أنه يدخل علـيه الأم من الرضاعة بلا استئذان وحشمة ، يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فـلا يقطع ، فقال الرضاع قليلاً شهادة عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعـــدم اشتهار الرضاع احترازاً عن الوقوع في موقف التهمـــة ، بخلاف الأم من النسب ، ولأن النسب أمر مشتهر فالانبساط متحقق .

(وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد) أي لو سرق العبد (من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته) أي أو سرق العبد من زوج سيدته (لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة) لأن العبد يدخل في بيوت هؤلاء ولا يمنع فلا يقطع .

(وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه) أي الزوجان لا يسكنان في ذلك الحرز (فكذلك الجواب) أي لا يقطع (عندنا خلافاً للشافعي «رح»)

ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع . ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتباراً للحرز وعدمه ، وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يقطع ، لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة ، بخلاف الأخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة ، والمحرمية بدونها لاتحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة ،

(ومن سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع ، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) أي مال ذي رحم محرم ثم علقها بقوله (اعتباراً للحرز) أي في المسألة الثانية (وعدمه) أي وعدم الحرز في المسألة الاولى .

(ومن سرق من أمه من الرضاعة قطع) ذكرها أيضا تعريفاً بمسألة القدوري قال في شرح الطحاوي ولو سرق من أمه من الرضاعة أو من أبيه من الرضاع وجب القطع ، وهذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا

(وعن أبي يوسف «رح» أنه لا يقطع لانه يدخل عليها) أي على أمه من الرضاع (من غير استئذان وحشمة) أى ومن غير حشمة ، وفي المغرب الانقباض من أخيك في المطفح وطلب الحاجة والحشمة إسم من الإحتشام ، يقال أحشمه واحتشم منه اذا يقض منه واستحى ، وقيل هي عامية ، لان الحشمة عند العرب الغضب لا غير . وقال ابن الامير الحشمة الإستحياء ، يقال احتشم أى انقبض .

(بخلاف الاخت من الرضاع) حيث يقطع إذا سرق منها (لانعدام هذا المعنى) وهو الدخول بلا استئذان وحشمة (فيها) أى في أخته من الرضاع (عادة) أى من حيث العادة ، لانه لا يدخل عليها إلا بالإذن .

(وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أنه لا قرابة والمحرميه بدونها) أي بدون القرابة (لا تحترم) أي لا يحصل حرمتها حرمة عادة (كما إذا ثبت) يعني المحرمية (بالزنا والتقبيل عن شهوة) فانه إذا سرق من بيت المرأة التي زنا بها لا تعد شبهة في قطع اليد ،

لبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة ، وهو نظـير الخلاف في الشهادة . ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع ، لأن له في اكتسابه حقاً ، وكذلك السارق من المغنم لأن له فيه نصيباً ،

فإن له فيه ثلاثة أقوال في قول يقطع ، وبه قال مالك وأحمد « رح » . والثاني لا يقطع كقولنا وقول أحمد في رواية . والثالث يقطع الزوج بسرقة مال زوجته ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن لها النفقة في ماله فكان لها حق في ماله ولا حق له في مالها (لبسوطة بينهما) أي بين الزوجين (في الأموال عادة ودلالة) وهي أنها بما بدلت نفسها وهي نفس من الاموال ، فلأن تبدل المال أولى بطريق الدلالة ، ولأن بينهما سبب يوجب الميراث من غير حجب كالوالدين والولدين والولد (وهو نظير الخلاف في الشهادة) أي الخلاف في القطع نظير الاختلاف بيننا وبين الشافعي «رض» في قبول الشهادة ، حيث لا يقبل شهادة أحدهما في حق الآخر لاتصال المنافع بينهما عادة ، وعنده يقبل في أحد قوليه .

(ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) وفي بعض النسخ لم يقطع (لأن له) أي للمولى (في اكتسابه) أي اكتساب المكاتب (حقاً) لأن رقبته مملوكة للمولى، فلا تتحقق السرقة ، وكذلك لا قطع على المكاتب أو المدبر إذا سرق من المولى ، لأن المكاتب عبد ولو بقي عليه درهم . وكذا المدبر عبد ما لم يمت المولى . ولا قطع على العبد في مال سيده لما بينا . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال سيدته ، أو من زوجة سيده ، أو من زوج سيدتها . وقال داود يقطع بمال السيد أيضاً .

(وكذا السارق من المغنم) يعني لا يقطع (لأن له فيه نصيباً) أي لأن للسارق في المغنم نصيباً ، والمغنم الغنيمة ، وأطلق الرواية في القدوري وكذا في شرح الطحاوي قال الأترازي وينبغي أن يكون المراد من السارق من الغيمة من له نصيب في الغنيمة في الأربعة إلا في الخمس كالغانمين أو اليتامى أو المساكين وابن السبيل ، أما غيرهم فلا نصيب له في الغنيمة ، فينبغي أن يقطع ، لأنه سرق مالاً سيما لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه، فيقطع

وهو مأثور عن علي رضي الله عنـــه درءاً وتعليلاً . قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور ،

بخلاف السارق من بيت المال ، فإنه قيد بمصالح المسلمين وهو منهم ، فصار كمال فيه شركة للسارق فلا يقطع . وقول الشافعي واحمد «رح» كقولنا في السارق من الغنيمـــة . وقال مالك وابن المنذر يقطع .

(وهو) أي عدم القطع في السارق من الغنم (مأثور عن علي) ابن أبي طالب رضي الله عنه ، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن مسلمة عال [1] بن حرب عن أبي عبيد بن الأبرص ، وهو يزيد بن دينار ، قال أتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيـه نصيب وهو خائن فلم يقطعه ، وكان قد سرق مقصرا ، ورواه الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف في ترجمة عبيد بن الأبرص عن الثوري «رض» مسنداً .

ومساو في الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجة بسنده عن سادية بن العان عن حجاج ابن تميم بن ميمون عن ابن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهم أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه ، وقال مال الله يسرق بعضه بعضـاً ، قال ابن القطان في كتابه اسناده ضعيف ، وقد رواه مرسلاً .

(درءاً وتعليلاً) أي دفعاً للقطع وتعليلاً له ، فالدرء عن قول علي رضي الله عنـه في الأثر المذكور فلم يقطعه ، والتعليل من قوله له فيه نصيب ، وانتصابهما عليه أنهما حالين ومن عليه صلى على تقدير حال كونه دارئاً ومعللاً ، وكلاهما مصدران بمعنى إسم الفاعل كما في قولك رجل عدل أي عادل . ولم يوضح أحد من الشراح هذا كما ينبغي .

(قال) أي القدوري (والحرز على ضربين) وفي نسخـة شيخي الأترازي أيضاً على نوعين ، أحدهما (حرز لمعنى فيه) وهو إنما يكون بالمكان المعد لحفظ الأمتعة والأموال ، ويختلف في ذلك باختلاف الأول (كالدور والبيوت) والصندوق والحانوت والحظيرة

(١) هذا غير ما ورد في شرح فتح القدير حيث ذكر هناك : أخبررنا الثوري عـــن سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص ... الخ ، اه مصححه .

وحرز بالحافظ . قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه ، ثم هو قد يكون بالمكان ، وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت ، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو يحرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد ،

للغنم والبقر والخيمة والجو والحوكات (وحرز بالحافظ) هذا النوع الثاني كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه ، فإنه يحرز به .

(قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لأنه شرط وجوب القطع والإجماع انعقد على شرطه ، وعلل المصنف بقوله (لأن الاستسرار لا يتحقق دونه) أي دون الحرز ، لأن معنى السرقة وهو الأخذ على سبيل الاستسرار لا يوجد إذا لم يوجد الحرز ، ولما قال القدوري الحرز على نوعين شرع المصنف ، توضيحه بقوله (ثم هو) أي الحرز (قد يكون بالمكان ،وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة) وحفظها (كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون) أي الحرز (بالحافظ) أي لحفظ جانب المتاع متاعه .

(كمن جلس في الطريق أو في المسجد) أي أو جلس في المسجد (وعنده متاعه فهو) أي متاعه (يحرز به) أي بالجالس المذكور ، وقد استدل على ذلك بقوله (وقد قطع النبي ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) بيان هذا ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث الزهري عن عبد الله بن صفوان عن أبيه أنه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام ، فأتاه لص فأرسله من تحت رأسه وأخذه فأتى النبي ﷺ فقال إن هذا سرق ردائي ، فقال النبي ﷺ أسرقت رداء هذا ، قال نعم ، قال اذهبا به فاقطعا يده ، فقال صفوان ما كنت أريد أن يقطع يده في ردائي ، قال فلولا كان أن تأتيني به . وزاد النسائي فقطعه انتهى ، فعلم أن رسول الله ﷺ اعتبر الحرز بالحافظ .

وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ وهو الصحيح ، لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه ، لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة ، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح ، لأنه يُعَدُّ النائم عند متاعه حافظاً له في العادة ، وعلى هذا لا يضمن المودع

(وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ) لأن الأول أقوى ، لأن المكان يمنع وصول اليد إلى المال ، ويكون المال مختفياً به ، والإختفاء لا يوجد في الحافظ ، فكان ذلك أصلاً (وهو الصحيح) احترز به عما ذكر في العيون على قول أبي حنيفة « رح » يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يقطع ، وبه أخذ الليث والصدر الشهيد في الكافي وعليه الفتوى ، وهو ظاهر المذهب .

(لأنه يحرز بدونه) أي لأن المحرز بالمكان محرز بدون الحافظ (وهو) أي المحرز بالمكان (البيت وإن لم يكن له باب) واصل بما قبله (أو كان) أي أو كان له (باب وهو مفتوح)أي والحال أنه مفتوح (حتى يقطع السارق منه، لأن البناء للإحراز ، إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه) أي بإخراج المتاع من البيت (لقيام يده قبله) أي لقيام يد المالك قبل الإخراج ، لأن هتك الحرز لا يكون إلا بالإخراج .

(بخلاف المحرز بالحافظ ، حيث يجب القطع فيه كما أخذ) أي السارق (لزوال يد المالك بمجرد الأخذ ، فتتم السرقة) فيقطع (ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده) أي أو تحته قريباً منه (هو الصحيح) احترز عن قول بعض أصحابنا حيث شرط أن يكون المتاع (لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة ، وعلى هذا) أي على التعليل الذي ذكره (لا يضمن المودع) بفتح الدال ، يعني

والمستعير بمثله ، لأنه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى .
وقال ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع . لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين . ولا قطع على من سرق مالاً من حمّام أو من بيت أذن للناس في دخوله فيه لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول ، فاختل الحرز ، ويدخل في ذلك

إذا نام وعنده الوديعة . وفي الفتاوى الظهيرية إنما لا يجب الضمان على المودع فيما إذا وضع الوديعة بين يديه فيما إذا نام قاعداً ، أما إذا نام مضطجعاً فعليه الضمان . وقال وهذا إذا كان في الحضر ، أما إذا كان في السفر لا ضمان عليه نام قاعداً أو مضطجعاً .

(والمستعير مثله) أي مثل المودع (لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى) أي وهذا الذى قلنا من عدم الضمان على المودع أو المستعير كيفما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوى ، أي هذا الذى قلنا من عدم الضمان على المودع ، لان فيها أوجب الضمان إذا نام مضطجعاً وقد ذكرناه الآن .

(قال) أي القدوری (ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) هذا تفريع وبيان لما قال أولاً بقوله الحرز على نوعين : حرز لمعنى فيه ، وحرز بالحافظ ، يعني أن من سرق شيئاً من حرز بمعنى فيه كالدور قطع ، وكذلك إذا سرق من غير حرز ، لكن صاحبه عنده يحفظه قطع (لانه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين) فى الاول بالمكان . وفي الثاني بالحافظ .

(قال) أي القدوري (ولا قطع على من سرق مالاً من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله) وقال الشافعي «رح» إذا سرق من الحمام وكان عند الثياب حافظ فعليه القطع ، كذا قال الشيخ أبو نصر البغدادى ولا يقطع عندنا (فيه لوجود الإذن عادة) يعني في الحمام (أو حقيقة) أي أو لوجود الإذن حقيقة في بيت أذن في دخوله ، وقوله (في الدخول) يرجع إلى اثنين ، فاذا كان كذلك (فاختل الحرز) فلا يقطع (ويدخل في ذلك) أي في

حوانيت التجـــار والخانات إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الاذن يختص بالنهـــار . ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطـع ، لأنه محرز بالحافظ ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمّام والبيت الذي أذن للنـــاس في دخولـه حيث لا يقطع ، لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزاً ، فـلا يعتبر الإحراز بالحـافظ

حكم بيت أذن للناس في دخوله (حوانيت التجار والخانات) وذلك لأن التاجر يفتح باب حانوته في السوق ويأذن للناس بالدخول عليه يشترون منه ، فإذا سرق رجل منهم ثوباً لم يقطع ، وبه صرح الحاكم في الكافي .

(إلا إذا سرق منها)أي من الحمام والحوانت والخانات ، وهذا استثناء من قوله ولا يقطع إلى آخره،وقوله (ليلا) قيد للكل (لأنهـــا) أي لأن الأماكن المذكورة (بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار) دون الليل . وفي مختصر الفتاوى جماعـــة نزلوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ، ولو كان مسجد جماعة قطع . ولو سرق من بيت واحد قبل الخروج لم يقطع.

(ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع ، لأنه محرز بالحافظ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان) وإنما هو محرز بالحافظ. وإذا كان الحافظ عنده يقظان أو نائماً عنده متاعه فقد حصل هتك الحرز ، فيقطع . وإن لم يكن عنده فلا يقطع لعدم الحرز .

(بخلاف الحمام والبيت الذي أذن الناس في دخوله، حيث لا يقطع لأنه بني للاحراز، فكان المكان حرزاً ، فلا يعتبر الإحراز بالحافظ) وعدم القطع بسبب الإذن فيالدخول. وقال الشافعي الموضوع في الشارع والمسجد محرزاً بالحافظ بشرط أن لا ينام أو لا يوليـه ظهره ،فيقول إذا نام عند متاعه لا يعد مضيعاً عادة ، فلا يحتاج الحرز فيجب القطع .

ولا قطـــع على الضيف إذا سرق ممن أضافه ، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار ، فيكون فعله خيانة لا سرقة . ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع ، لأن الدار كلها حرز واحد ، فلا بد من الإخراج منها ، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة

(ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه ، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقـــه ، لكونه مأذوناً في دخوله) وبه قال أحمد والشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في روايـة أن من سرق من الموضع الذي أنزل فيه أو موضع لم يحرز عنه لا يقطع ، وإن كان موضع يحرز عنه قطع .

(ولأنه) أي ولأن الضيف (بمنزلة أهل الدار) يعني صار كأنه واحد من أهل البيت حيث أكرموه وأضافوه (فيكون فعله) أي فعل الضيف (خيانة لا سرقة) ولا قطع على الخائن ، لما روى جابر رضي الله عنه عـــن رسول الله ﷺ ليس على الخائن قطع ، وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار الذي أذن له في دخولها ، وهـــو مقفل أو من صندوق مقفل ، كذا ذكره القدوري في شرحه وما روي أن السبود بات عند أبي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حلياً فقطعه أبو بكر رضي الله عنه ، فتأويله عند أصحابنا أنـــه سرق من دار النساء لا من دار الرجال ، وفي الدارين المختلفين لا يكون الإذن في أحدهما إذناً فى الأخرى .

(ومن سرق سرقة) أراد بالسرقـــة المسروق مجازاً ، كما قال محمد أيضاً إذا كانت السرقة مصحفاً ، كذا قال الأترازي . وقال الكاكي سرق سرقة مجازاً (فلم يخرجها من الدار لم يقطع ، لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها) فما لم يوجدالإخراج لا يوجد الهتك ، فلا يجب القطع .

(ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى) أي من حيث المعنى (فيتمكن شبهة

عدم الأخذ ، فإن كانت دار فيهـا مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة ، وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منهـا قطع لمـــا بينا .

عدم الأخذ) والشبهة دارئة (وإن كانت دار) وإن كانت الدار المذكورة داراً (فيهـــا مقاصير) أي الحجرات البيوت ، وهو جمـــع مقصورة ، والمقصورة الحجرة بلسان أهل الكوفة (فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة) لأن الإخراج إلى صحن الدار كالإخراج إلى السكة ، فلو خرج من السكة يقطع ، فكذا هذا .

ثم في الفصل الأول قال بعض أصحابنا لا ضمان عليه إذا تلف في يد المسروق ، كما لا قطع عليه قبل الإخراج من الدار ، والصحيح أنه يضمن بوجود التلف على وجه التعدي ، بخلاف القطع ، فإن شرطه هتك الحرز ولم يوجد .

(وإن أغار إنسان) قال صاحب المغرب – أغار – لفظ شمس الأئمـــة الحلواني ، والضمير في أغار إلى العدو ، وأما لفظ محمد وإن أعان يعني بالعين المهملة والنون ، وهو الأوجه ، لأن الاغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة والحقيقـة . وقال الكاكي وإن أغار ، أي أخذ سرعة على غيره يقال أغار الفرس والثعلب إذا أسرع ، كذا في المغرب.

قوله فسرق فيها تفسير قوله أغار . وقال الأترازي لفظ أغار له وجه بأن يدخـــل اللص مكابرة بالليل جهراً ويخرج المال فإنـــه يقطع لوجود الخفية عن عين سائر الناس ، انتهى . قلت فيه ما فيه ، لان السرقة أخذ مال في خفية وحيلة ، فكذلك سمي السارق به ، لانه يسارق عين المسروق منه ، والإغارة أخذ في المجاهرة مكابرة ومبادرة . وإذا حملنا معنى أغار على ما نقله الكاكي من المغرب لا يتوجه شيء ، ويحصل المقصود (من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لمـــا بينا) أشار بـــه إلى قوله لان كل مقصورة .. إلى آخره .

وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما، لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه. والثاني لم يوجد منه هتك الحرز، فلم يتم السرقة من كل واحد. وعن أبي يوسف «رح» إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج، فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. وإن ألقاه في الطريق وخرج فأخذه قطع. وقال زفر لا يقطع لأن الإلتقاء غير موجب للقطع، كما لو خرج ولم يأخذ،

(قال) أي القدوري (وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المتاع [1] وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) إلى هنا لفظ القدوري، أي على الداخل والخارج. وقال مالك إن كانا متعاونين قطعا، وإن أقر كل واحد بفعل لم يقطعا. وقال الشافعي إن أقر الخارج بالاخذ يقطع وبه قال أحمد. وقال المصنف (لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه، والثاني لم يوجد منه هتك الحرز، فلم تتم السرقة من كل واحد).

(وعن أبي يوسف «رح» إن أخرج الداخل يده فناولها الخارج فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع، وهي بناء) أي مسألة نقب البيت وإدخال اليد فيه بينته (على مسألة تأتي بعد هذا) هي مسألة إلقائه في الطريق، كذلك قال شيخي العلاء قوله (وإن ألقاه) متصل بما قبله، أي وإن ألقى المتاع (في الطريق ثم خرج فأخذه قطع).

(وقال زفر لا يقطع، لأن الإلتقاء غير موجب للقطع، كما لو خرج ولم يأخذ،

---

(١) المال — هامش.

وكذا الأخذ من السكة ، كما لو أخذه غيره . ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع ، أو ليفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار ، ولم تعترض عليه يـد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً ، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيـع لا سارق . قال وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجـه ، لأن سيرها مضاف إليه لسوقه ،

وكذا الأخذ من السكة) أي وكذا أخذه من السكة أي أخذ سارق المال من السكة حيث لا يقطع عند زفر «رح» (كما لو أخذه غيره) أي من السكة عليه القطع .

(ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة) لأنه خرج ويده ثابتة عليه ، وهـذا جواب عن قول زفر «رح» كما لو أخذه غيره ، فإن هناك اعتراض عليه يد معتبرة فأوجب سقوط يد الحاكمة للسارق . وحاصله أن هذا السارق ثبت عليه بالأخذ كما مثله أن يـد السارق بغيره ثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق، ولم تدل يده حكماً لعدم اعتراض الأخرى على يده (فاعتبر الكل) أي القارة في الطريق ثم أخذه (فعلا واحداً) كما إذا أخـذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد ، كذلك هنا.

(وإذا خرج) أي السارق من الدار (ولم يأخذه فهو مضيـع لا سارق) فلا قطع عليه (وكذا إذا حمله على حمار فساقه وأخرجه) أي يقطع ، به قالت الأئمة الثلاثة (لأن سيرها) أي سير الحمار (مضاف إليه لسوقه) وقال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق إلى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء به إلى منزله . وقال أيضاً رجل دخل الدار وجمع المتاع في الليل وطرح في نهر كان فيها وخرج وأخذه وإن كان للماء قمرة أخرجـه بنفسه لا يقطع ، وعند الثلاثة يقطع . وفي مبسوط شيخ الإسلام وهو وإن لم يكن للمـاء قمرة اخراج المتاع، لكنه أخرجه بتحريك يقطع . وفي مبسوط أبي البر ولو علقـه على عتق كلب فزجره يقطـع . ولو خرج من غير زجر لا يقطع ، وبـه قال الشافعي وأحمد « رح » في وجه .

وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً . قال العبد الضعيف « رح » هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر « رح » لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به . ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى ، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع ، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد .

(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى الأخذ بعضهم فقطعوا جميعاً) هـــذا لفظ القدوري (قال) أي المصنف رحمه الله (هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر «رح») وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن الإخراج وجد منه) أي من الحامل (فتمت السرقة به) أي الحامل .

(ولنا أن الإخراج من الكل معنى) أي من حيث المعنى لكونهم رد الحامل (للمعاونة) أي لأجل معاونتهم للحامل ، لأن عادتهم بأن يحمل بعضهم ويترصد الباقون كي يدفعوا صاحب المال إذا انتبه فيكون الإخراج من الجميع لما ذكرنا (كما في السرقة الكبرى) وهي قطع الطريق إذا باشر بعضهم القطع وأخذ المال والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على جميعهم لكونهم دالة ، فكذا هنا .

(وهذا) إشارة إلى أن الإخراج من الكل معنى (لأن المعتاد فيما بينهم) أي فيما بين السراق (أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع) أي دفع من يترض لهم صاحب البيت أو غيره (فإذا امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد) أي فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود قالوا هذا إن كان الحامل من أهل القطع عند الإنفراد ، أما إذا كان صبياً أو مجنوناً لا قطع عليهم بالإجماع وإن كان الحامل بالغاً ، ولكن فيهم صبي أو مجنون لم يجب القطع عليهم أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد «رح » لتمكن الشبهة في فعل واحد منهم ، فلا يجب على الباقين، وعند أبي يوسف «رح» يجب القطع على الحامل وغير الصبي والمجنون ، كذا في الذخيرة .

ومن نقّب البيت وأدخل يده فيـــه وأخذ شيئاً لم يقطع . وعن أبي يوسف « رح » في الإملاء أنه يقطع ، لأنه إخراج المال من الحرز ، وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي . ولنا أن هتك الحرز يشترط فيـــه الكمال تحرزاً عن شبهة العدم والكمال في الدخول ، وقد أمكن اعتباره ، والدخول هو المعتاد ، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيـه إدخال اليـد دون الدخول ، وبخلاف ما تقـدم من حمل البعض المتـــاع ،

(ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع) الصبي والمجنون، وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا (وعن أبي يوسف «رح» في الإملاء أنه يقطع ، لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود) أي المقصود إخراج المال من الحرز (فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي) وفي بعض النسخ وأخرج الغطريفي وهو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد رحمـــه الله وهو الدراهم الغطريفيـــة كانت من أعز النقود ببخـــارى ، وبقول أبي يوسف قـــال الشافعي «رح» .

(ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال) لوجود القطع (تحرزاً عن شبهة العدم) أي عدم هتك الحرز (والكمال في الدخول) أى الكمال فى هتك الحرز الدخـــول ، أى في البيت (وقد أمكن اعتباره) أى اعتبار الدخول في البيت (والدخول) أى في البيت (وهو المعتاد) في هتك الحرز (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما إذا أدخل يـــده في صندوق الصيرفي (لأن الممكن فيه) أى في الصندوق (إدخال اليد دون الدخول) فإنه غير ممكن فيتم هتك الحرز بإدخال اليد والإخراج منه.

(وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع) أى بعض القوم دون البعض ، وهذا أيضاً

لأن ذلك هو المعتاد وإن طرّ صرة خارجة من الكم لم يقطـع ، وإن أدخـل يده في الكم يقطع ، لأن في الوجـه الأول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر ، فلا يوجـد هتك الحرز ، وفي الثاني الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ، ولو كان مكان الطر حـــل الرباط ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة .

جواب عما يقال لو كان الكمال في هتك الحرز شرطاً تحرزاً عن شبهة القطع لمـــا وجب القطع فيما تقدم من حمل البعض المتاع دون بعض ، لأن فيه شبهـة العدم ، فأجاب بقوله (لان ذلك هو المعتاد) بين السراق إذا كانوا جماعة (وإن طر صرة) الطر ومنه الطرار والصرة الهميان والجراد من الصرة هنا الكم المشدودة في الدراهم . وقال أكمـل الطرار هو الذى يطر الهميان أى يشقيها ويقطعها ، والصرة وعاء الدراهم ،يقال طررت الصرة ، أى شددتها (خارجة من الكم لم يقطع) .

(وان أدخل يده في الكم قطع ، لان في الوجه الاول الرباط من خـــارج، فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر ، فلم يوجد هتك الحرز) فلا قطع .

(وفي الثاني) أى في الوجه الثاني (الرباط من داخل ،فبالطر يتحقق الاخـــذ من الحرز ، وهو الكم) فيقطع، وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه ، بـــل هو محمول على الصورة الثانية ، وهي إذا دخل يده في الكم فنظرها .

(ولو كان مكان الطر حل الرباط ، ثم الاخذ في الوجهين) أى من الخارج والداخل (ينعكس الجواب) يعني فيما إذا كان الرباط خارج الكم يقطع، لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم لوقوعها في الكم . ولو كان الرباط داخل الكم لا يقطع ، لانه لمـــا حل الرباط من داخل الكم فكان أخذها من خارج الكم فلا يقطع ، لانه لم يهتك الحرز ، ولم يأخـذ منه شيئاً ، وهذا معنى قوله (لانعكاس العلة) .

وعن أبي يوسف « رح » أنه يقطع على كل حال ، لأنـــه محرزاً إما بالكم أو بصاحبه . قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمده ، وإنما قصده قطع المسافة والاستراحة فأشبه الجوالق ، وإن سرق من القطار بعيراً أو جملاً لم يقطع ، لأنه ليس محرز مقصوداً ، فيتمكن شبهة العدم ،

(وعن أبي يوسف « رح » أنه يقطع على كل حال ، لأنه محرز) أي لأن المـال محرز (إما بالكم أو بصاحبه) أي في الكم ، ففي صورة طرها خارج الكم ، وأما بصاحبه ففي صورة طرها داخل الكم .

(قلنا الحرز هو الكم لأنه) أي لأن صاحب المـال (يعتمده) أي يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال (وإنما قصده) أي قصد صاحب المال (قطع المسافـة) في المشي(والإستراحـة) في القعود (فأشبه الجوالق) أي فأشبه الكم الجوالق بضم الجيم وهو إسم للواحد ، وجمعه الجوالق بفتح الجيم السراوق ، كذا أخبرنا الشيخ رحمه الله .

وقال الكاكي في قوله فأشبه الجوالق ، لأنه لا يخلو إما أن يكون صاحب المـال في حالة المشي أو في غير حالة المشي ، فإذا كان الأول فمقصوده قطع المسافة لا حفظ المال، وإن كان الثاني فمقصوده الإستراحة لا حفظ المال والمقصود وهو المعتبر في هذا الباب،ألا ترى أن من سرق الجوالق الذ على إبل يسير فأخذ المال منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق ، فكان السارق منه هاتكاً للحرز فيقطع ، ولو أخذ الجوالق بمـا فيه لا يقطع ، وكذا لو سرق الغنم من المرعى ومعها الراعي لا يقطع لإذن الراعي لا يقصد بالرعي الحفظ، وإنما يقصد به الرعي والحفظ ، بخلاف ما لو كانت الغنم في حظيرة بنيت لها وعليها باب مغلق ، فأخرجها منه يقطع ، لأنها بنيت لأجل حفظ الغنم ، كـــذا في المحيط . وعند الأئمة الثلاثه إذا كان الراعي بحيث يراها تكون محرزة فيقطع ، وما كان غائباً من نظره، فإن كان نائماً أو مشغولاً فليست بمحرزة،وعندهم لو أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقررة.

(وإن سرق من القطار بعيراً أو جملا لم يقطع ، لأنه ليس بمحرز مقصوداً ، فيتمكن شبهة العدم) أي عدم الحرز ، وعند الأئمة الثلاثة لو سرق واحداً من الجمال أو واحداً من

وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ، ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأجمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع . وإن شق الحمل وأخذ منه قطع ، لأن الجوالق في مثل هذا حرز ، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع . وإن سرق جولقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه ، أو نائم عليه قطع ، معناه إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه ، حتى يكون محرز بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده ، والنوم عليه يعد حفظاً عادة ، وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل .

الأجمال أو شق وأخذ شيئاً يقطع في الكل ، لأن الكل محرز بالحافظ ، وهو القائد أو السائق أو الراكب إذا لم يكن نائماً عليه له يقطع ، فإن كان نائماً عليه لم يقطع .

(وهذا) أي عدم القطع (لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأجمال من يتبعها للحفظ ، قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع ، لأن الجوالق في مثل هذا حرز ، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع) .

(وإن سرق جوالق فيه متاع وصاحبه عنده يحفظه أو نائم قطع معناه) أي معنى قول محمد ، لأنه مسألة من مسائل الجامع الصغير (إذا كانت الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق ونحوه) كالمفادر (حتى يكون محرز بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظاً عادة ، وكذا النوم يقرب منه على ما أخبرنا من قبل) أي من قبل ورقة وهو قوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً .

وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه ، أو حيث يكون حافظاً له ، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار .

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم ، فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ،

(وذكر في بعض النسخ) أي ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وأراد به فخر الإسلام (وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له) يعني لم يقتصر على قوله وصاحبه نائم عليه ، بل قال أو حيث يكون حافظاً له (وهذا) أي هذا الذي ذكره في بعض النسخ بقوله حيث يكون حافظاً له (يؤكد ما قدمناه من القول المختار) بعد ما تقدم من كون المتاع عنده أو تحته ، وهو قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً إلى قوله والصحيح .

(فصل في كيفية القطع واثباته)

أي هذا فصل في بيان كيفية قطع يد السارق ، وفي بيان إثبات القطع .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وتقطع يمين السارق من الزند) وقالت الخوارج من المنكب لظاهر النص ، إذ اليد من المنكب رؤوس الأصابع . وقال بعض الناس بقطع الأصابع فقط ، لأنها آلة البطش ومحل الجناية . قلنا هذا مخالف بالنص والمنوص قطع اليد لا الأصابع والزند موصل طرف الذراع من الكف . وقال تاج الشريعة الزند عظم الساعد . وفي الصحاح الزند موصل طرف الذراع ، وهما زندان الكوع والكرسوع والكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسع طرف الزند الذي يلي الخنصر (ويحسم) على صيغة المجهول من الحسم ، وهو الكي لينقطع الدم يقال حسم العرق إذا كواه بحديدة محماة . وفي الطلبة والمغرب والمغني لابن قدامة الحنبلي وهو أن يغمس في الدهن الذي أغلى .

(فالقطع مما تلوناه من قبل) يعني قوله تعالى ﴿ السارق والسارقة ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة (واليمين) أي قطع يراد اليمين (بقراءة ابن مسعود) فقطعوا أيمانهما ، وهي قراءة

ومن الزند ، لأن الإسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به ، كيف وقد صح أن النبي عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ، ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف ،

مشهورة جاءت الزيادة بها على الكتاب (ومن الزند) أي يقطع من الزند (لان الإسم يتناول اليد إلى الإبط) حاصله أن اليد قد يكون من المنكب ، وقد تكون من المرفق، وقد تكون من الرسغ ، فاذا أطلق الى الإبط باستعمال العرب واللغة والشرع،ولكن زال هذا ببيان رسول الله ﷺ وعمله وعمل الصحابة وإجماعهم على أن هذا القدر، وهو متيقن به،أشار إليه المصنف بقوله (وهذا المفصل) الرسغ (متيقن به) أي في كونه موضع القطع لإرادة الرسغ على تقدير إرادة أي المفصل كان من مفاصل اليد .

(كيف) أي كيف لا يكون هذا المفصل متيقناً به (وقد صح أن النبي ﷺ أمر بقطع يد السارق من الزند) وروى ابن عدي في الكامل باسناده عن مجاهد عن عبد الله بن عمر وقال قطع النبي ﷺ سارقاً من المفصل . وروى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان صفوان بن أمية بن خلف نائماً في المسجد وثيابه تحت رأسه ، فجاء سارق فأخذها فأتى به رسول الله ﷺ ... الحديث ، وفي آخره ثم أمر بقطعه .

(والحسم) عطف على قوله فالقطع (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (فاقطعوه واحسموه) هذا أخرجه الحاكم في مستدركه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتي بسارق سرق شملة ، فقال عليه السلام ما أخاله سرق ، قال السارق بلى يا رسول الله،قال فاذهبوا به واقطعوه ثم احسموه ... الحديث . وقال الكاكي صحيح على شرط مسلم .

(ولانه) أي لان السارق (لو لم يحسم) بعد القطع (يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف) ألا ترى أنه لا يقطع في الحر الشديد والبرد الشديد ، وعند شدة المرض توقياً عن الهلاك ويمس الوهن على السارق عندنا ، وبه قال مالك والشافعي في وجه ، وقال في وجه بيت المال .

فإن سرق ثانيـــاً قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً لم يقطع ، وخلد في السجن حتى يتوب ، وهذا استحسان ويعزر أيضـاً ذكره المشايخ « رح » . وقال الشافعي « رح » في الثالث يقطع يـــده اليسرى ، وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه ، فإن عادفاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه

(ولو سرق ثانياً) يعني بعد قطع يده اليمين (قطعت رجله اليسرى) من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر رضي الله عنه كذلك . وقال أبو ثور والرافضة يقطع من نصف القدم من معقد الشراك (فإن سرق ثالثاً لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب)قال صاحب النافع حتى يتوب أو يظهر سيا رجل صالح (وهذا) أي عدم القطع في المـــرة الثالثة (استحسان ويعزر أيضاً ، ذكره المشايخ) أي ذكروا التعزير،وقد روى ابن رستم عن محمد أن التعزير مع الحبس ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنـــه ضرب وحبس في المرة الثالثة .

(وقال الشافعي في الثالثة) أي في السرقة الثالثة (يقطع يده اليسرى،وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من سرق فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه) هذا الحديث رواه أبو داود عن مصعب بن ثابت عن محمد بن المنكدر عن جابر قيل جيء بسارق إلى النبي ﷺ فقال اقتلوه ،قالوا يا رسول الله إنما سرق ، فقال اقطعوه ، فقطع ، ثم جيء به الثالثة فقال اقتلوه ، فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال اقطعوه قطع ، ثم جيء به الرابعة فقال اقتلوه ، قالوا يا رسول الله إنما سرق مالاً . قال اقطعوه فقطع ، ثم جيء به في الخامسة قال اقتلوه ، قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقينـــاه في بئر ورمينا عليه الحجارة [١] ، وقال النسائي حـــديث منكر ، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث .

---

(١) الحديث في الأصل ناقص ، وإنما صححناه من شرح فتح القدير ، اه مصححه .

ويروى مفسراً كما هو مذهبه ، ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية ، بل فوقها ، فتكون أدعى إلى شرع الحد . ولنا قول علي رضي الله عنه فيه إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها ،

(ويروى مفسراً كما هو مذهبه) أي يروى هذا الحديث مفسراً كما هو مذهب الشافعي ، قال الأكمل في حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال في المرة الاولى تقطع يده اليمنى ، وفي الثانية الرجل اليسرى ، وفي الثالثة اليد اليسرى ، وفي الرابعة الرجل اليمنى ، انتهى . قلت حديث أبي هريرة هذا رواه الدارقطني بغير هذا اللفظ ، فإنه أخرجه عن الواقدي عن أبي ذئب عن خالد بن سلمة رواه عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال إذا سرق السارق فاقطعوا يده ،فإن عاد فاقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله ، وللواقدي فيه مقال .

وبقول الشافعي قال مالك وفي المرة الخامسة عندهما يحبس ويعزر. وحكي عن عطاء وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن العاص وعثمان رضي الله عنهم أنه يقطع في المرة الثالثة يده اليسرى . وفي الرابعة الرجل اليمنى ويقتل في الخامسة في حديث جابر الذي مضى عن قريب .

(ولأن الثالثة) أي ولأن الثالثة (مثل الأولى) أي مثل السرقة الاولى (في كونها جناية بل فوقها) أي بل فوق الاولى ، لأنها لعدم تقدم الزواجر (فتكون أدعى إلى شرع الزاجر) أي فتكون الثالثة أدعى إلى مشروعية الزاجر ، لانها بعد تكرار الزاجر.

(ولنا قول علي فيه) أي قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه في قطع الثالثة (إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عايها) هذا رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وأخبرنا أبو حنيفة الإمام عن عمرو بن مرة عن عبدالله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فإن عاد قطعت يده [رجله] اليسرى ،فإن عاد ضمن السجن حتى يحدث خيراً ، إني لأستحي

وبهذا حاجّ بقية الصحابة « رض » فحجهم فانعقد إجماعاً ، ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة ، والحـــد زاجر ،

ن الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلا يمشي عليها ومن طريق محمد بن الحسن رواه الدارقطني في سننه .

(وبهذا) أي بقوله هذا (حاج بقية الصحابة) أي حاجج معهم في هـــذا ، رواه سعيد بن منصور حدثنا أبو معشر عده سعيد بن أبي سعيد المقبري عـن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب وقد أتي برجل مقطوع اليد ، والرجل قد سرق ، فقال لاصحابه مـا ترون في هذا ، قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين ، قال قتلته إذا ومـا عليه القتل ، بأي شيء يأكل الطعام ، بأي شيء يتوضأ للصلاة ، بأي شيء يغتسل من الجنابة ، بأي شيء يقوم على حاجته فرده إلى السجن أياماً ثم أخرجه، فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول، فقال لهم مثل ما قال في الاول فجلده جلداً شديداً ثم أرسله (فحجهم) أي تعليم لهـذا فلم يرد عليه أحد منهم بعد هذا .

(فانعقد إجماعاً) لانه يحتج عليهم بالنص في الباب ، قال انه لا يغن فيه ، إذ لو ثبت التعليم لانه يبنى على الشهود ولو بلغهم لاحتجوا به .

فإن قيل ليس اليد اليسرى محله بظاهر الكتاب والإجماع على خوف الكتاب . قلنا لما قيدنـا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليسرى عن كونها من الحـد ، كمن قال لآخر أعتق عبداً من عبيدي ثم قال عنيت سالماً فيخرج غيره ، ولأن الأمـــر بالفعل لا يقتضي التكرار .

(ولانه) أي ولان قطع غير اليد اليمنى والرجل اليسرى (إهـلاك معنى) أي من حيث المعنى (لما فيه من تفويت جنس المنفعة) وفي المبسوط يقطع ببقاء منافعه ،ولهـذا تعلق مطلق اليد في العبد قيمة النفس،ولا يجوز إعتاق مقطوع اليدين في الكفار ،فعرفنا أنه استهلاك حكماً، وفيه شبهة الإتلاف ، والشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات(والحد زاجر) أي لا متلف .

ولأنه نادر الوجود، والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص، لأنه حق العبد فيستوفي ما أمكن جبراً لحقه، والحديث طعن فيه الطحاوي «رح» أو نحمله على السياسة. وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع، لأنه فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا،

(ولانه نادر) أي ولان وجود الزجر متكرر نادر (الوجود) لانه فقد الزاجران (والزجر فيما يغلب) وجوده (بخلاف القصاص) جواب سؤال مقدر تقديره لو قطع رجل أربعة أطراف قصر منه بالإجماع، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود، لانه لايبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها، ورجل يمشي عليها، وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود أجاب، بخلاف القصاص، يعني حكم القصاص بخلاف حكم هذا (لانه) أي لان القصاص (حق العبد فيستوفي) حقه (ما أمكن) لان في حق العبد تراعى المماثلة بالنص (جبراً لحقه) أي لاجل جبر حقه بالإستيفاء مثل حقه.

(والحديث) أي الحديث الذي احتج به الشافعي(طعن فيه الإمام الحافظ أبو جعفر الطحاوي) فقال تتبعنا هذا فلم نجد لشيء منها أصلا، وطعن فيه النسائي أيضاً وغيره من الثقاة (أو نحمله) أي نحمل الحديث المشهور المذكدر (على السياسة) وهذا جواب بطريق التسليم.

(وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع) أي أو كان أقطع (أي مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) وبه قال أحمد في رواية. وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية تقطع يمينه، ولا يمنع ذلك النقصان من قطع يمينه (لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً) يعني من حيث البطش، وهو الأخذ القوي باليد إن كانت يده اليسرى مقطوعة (أو مشياً) يعني من حيث المشي إن كانت رجله اليمنى كذلك.

(وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن فيه تفويت جنس

وكذا إن كان إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها سوى الإبهام ، لأن قوام البطش بالإبهام ، فإن كانت اصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوت الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش، بخلاف فوات الأصبعين لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش . قال وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ ، فلا شيء عليه

المنفعة (وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء) أي أو كانت شلاء يقطع (أو الاصبعان منها سوى الإبهام) أو كانت الاصبعان من اليد اليسرى سوى الإبهام مقطوعين لم يقطع أيضاً ،لان الاصبعين ينزلان منزلة الإبهام ، وقوله (لأن قوام البطش بالإبهام) أي لبطش بالإبهام تعليل لقوله ، وكذلك إذا كان إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء .

(فإن كانت أصبع واحدة) يعني من اليد اليسرى (سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوت الواحدة) أي الاصبع الواحدة (لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش ، بخلاف فوات الاصبعين ، لأنهما ينزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش) وقال تاج الشريعة فإن كانت اصبع واحدة إلى العشرة فرق بين هذا وبين الكفارة ، فإن العبد إذا كان مقطوع أحد اليدين أو الرجلين أو الإبهام أو الاصبعين فأعتقه عن الكفارة يجزئه ، لأن قطع الأبهام إهلاك من وجه ، فأقيم الإهلاك في حقه مقام الإهلاك من كل وجه احتيالاً لدرء القطع ، أما الكفارة فلا يحتال فيها فلا يقام الإهلاك من وجه مقام الإهلاك من كل وجه .

(وإذا قال الحاكم للحداد) أي الذي يقيم الحد كالجلاد الذي يقيم الجلد ، كذا في المغرب (إقطع يمين هذا في سرقة سرقها) قيد بقوله يمين هذا ، لأنه لو قال إقطع يد هذا فقطع الحداد يساره لا ضمان عليه بالاتفاق (فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه)

عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد . وقال زفر يضمن في الخطأ أيضاً، وهو القياس. والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد ، أما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفواً ، وقيل يجعل عذراً أيضاً . له أنه قطع يداً معصومة ، والخطأ في حق العباد غير

أي على الحداد (عند أبي حنيفة رضي الله عنه) سواء قطعه عمداً أو خطأ ، ولكن يثوب الحداد ، وبه قال أحمد .

(وقالا) أي وقال أبو يوسف ومحمد (لا شيء عليه) أي على الحداد إذا كان (في الخطأ ويضمن في العمد) إرش اليسار (وقال زفر يضمن في الخطأ أيضاً) يعني يضمن الإرش ، وعند الشافعي في العمد يجب القصاص عليه ، وبه قال مالك لأنه قطع بغير حق فوجب عليه القود . ولو قال أخطأت وظننت أنه اليسار فعليه الدية ، لأن الخطأ غير مرفوع في حق العباد، ولو بادر رجل فقطع اليمين بغير إذن الإمام فلا شيء عليه بالإجماع، ولكن يؤدبه الإمام على ذلك ، لأنه أساء الأدب حيث قطع بغير إذن الإمام ، كذا في المبسوط (وهو القياس) أي قول زفر وهو القياس (والمراد بالخطأ) أي المراد من الخطأ الذي لا شيء عليه هو الخطأ (في الاجتهاد) يعني في قوله تعالى ﴿ فاقطعوا أيديهما﴾ حيث زعم أن الكتاب مطلق عن قيد اليمين .

(وأما الخطأ في معرفة اليمين أو اليسار فلا يجعل عذراً) لأن الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر ، وهذا موضع الاشتهار ، لأن كل واحد يميز بين اليمين واليسار ، وإليه ذهب فخر الاسلام (وقيل يجعل عذراً أيضاً) فلا يضمن ، لأنه بنى أمره على دليل شرعي ، كذا في الكافي.وقيل اجتهد في جواز قطع اليسرى نظراً إلى إطلاق النص هكذا رأيت بخط شيخي العلاء رحمه الله .

(له) أي لزفر (أنه) أي أن الحداد (قطع يداً معصومة) ولهذا لو قطع غير الحداد يضمن كما لو رمى صيداً فأصاب إنساناً يضمن (والخطأ في حق العباد غير

موضوع فيضمنها . قلنا إنـــه أخطأ في اجتهاده ، إذ ليس في النص تعيين لليمين ، والخطأ في الاجتهاد موضوع . ولهما أنه قطـع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل ، لأنه تعمد الظلم فـــلا يعفى ، وإن كان في المجتهــــدات ، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا إنه امتنع للشبهة . ولأبي حنيفة « رح» أنـه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خـير منه ، فلا يعد إتلافاً ، كمن شهد على غـيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجـــع

موضوع فيضمنها) أي الدية (قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين) لأن النص مطلق (والخطأ في الاجتهاد موضوع) أي شرعاً .

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أنه) أي أن الحداد (قطع طرفاً معصوماً بغير حق) لأن الحق في اليمين وهو أيضاً لم يقطع يسار أحد ليكون حق قطع اليسار قصاصاً (ولا تأويل له) أي للحداد فيما فعله (لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات) واصل بما قبله ، إذ المجتهد لا يقدر في الظلم عمداً كالباغي إذا أتلف مـــال العادل (وكان ينبغي أن يجب القصاص) لأنه قطع ما ليس بمحل (إلا أنـه يمتنع) أي إلا أن القصاص امتنع (للشبهة) أي لأجل الشبهة الثابتة من إطلاق النص، وإن كانت اليمين ثبتت بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ، ولكن تبقى شبهة اليسار الداخل تحت اسم اليد ، فالشبهـة تكفي لدرء القصاص ، بخلاف ضمان الأموال .

(ولأبي حنيفة أنه أتلف) حيث قطـع اليسار (وأخلف من جنسه) أي من جنس المقطوع (ما هو خير منه) وهو اليمين لأن منفعة اليمين صارت على شرف الزوال فيكون كالغائب من حيث الاعتبار (فلا يعد اتلافاً كمن شهد على غيره ببيع مـــاله بمثل قيمته ثم رجع) حيث لا يضمن ، وبقولنا قال الشافعي في الأصح وأحمد . وقال مالك والشافعي في قول يقطع ، لانه وجب قطعها فلا يسقط بالجناية على غيرها .

وعلى هذا لو قطعه غير الحـــداد فلا يضمن أيضاً هو الصحيح ، ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعـه بأمره ثم في العمـــد عنده عليـه ، أى السارق ضمان المـال ، لأنه لم يقطع حداً ،

فإن قيل اليمين لم يحصل له سبب القطع،بل كان حاصلاً له قبل ذلك والإتلاف بخلف إنما لا يوجب الضمان إذا حصل الخلف بسبب حصل به الاتلاف ، كما في مسألة الشهـــادة ونقصان الولادة ، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يضمن،قلنا اليمين من حيث الاعتبار، ولا يلزم ما إذا جدع أنفه لانه ما أخلف عما أتلف أو عيناه لم تقطع .

فإن قيل لو قطع رجله اليمنى يضمن ، وقد أتلف وأخلف عوضاً وهو اليمين لا يقطع حينئذ . قلنا لا رواية فيه فيمنع ، ولان سلمنا فالتالف ليس من جنس الباقي .

(وعلى هذا) أي وعلى تعليل أبي حنيفة وهو أنه أتلف والخلف من جنسه خير منه (لو قطعه) أي لو قطع يد السارق (غير الحداد فلا يضمن أيضاً) لانه أتلف وأخلف خيراً منه ، لان يمناه لا تقطع بعد ذلك سواء قطع يساره أو غيره بعد القضاء ذكره فخر الاسلام في جامعه (هو الصحيـح) احترز به عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيـه ولو قطع غيره يد اليسرى ، فإن في العمد القصاص ، وفي الخطـأ الدية . وسقط القطع عنه في اليمين ، لانه لو قطع إلى الاستهلاك ويرد السرقة إن كان قائماً وعليه ضمانه في الهالك .

(وإن أخرج السارق يساره وقال هذه يميني قطعها لا يضمن بالاتفاق ، لانـــه) أى لأن الحداد (قطعه بأمره) أى قطـع يساره بأمر السارق فلا يضمن ، كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن يكون يده مستحقاً للقطع بالسرقة فهذا أولى (ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة (عليه) أي على السارق (ضمان المال) أي مـال المسروق منه (لانه) أي لان قطع يساره (لم يقطع حداً) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر ، وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعاً لمن عسى أن يتوهم أن قطع السارق وقع حداً عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيقاناً بأن القطع لم يقع حداً إذ القطع حداً والضمان لا يجتمعان ، وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيراً لا

وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة، لأن الخصومـــة شرط لظهورها . ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي « رح » في الإقرار

باعتبار أن القطع وقع حداً ، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجـة إلى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فـلا يقع القطع حداً لا تحل له فيضمن السارق لعـدم لزوم الجمع بـــين الضمان والقطع حداً .

(وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقطع ، لأنه إذا لم يقع حداً لا يوجد ما بينا في الضمان والمقتضي ، وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) أي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد [1] اليد على الحداد بطـل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) أي السارق لا يضمن المال لوقوع القطع موقع الحدبالاجتهاد والضمان والقطع لا يجتمعان .

(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة ، لأن الخصومـــة شرطاً لظهورها) أي لظهور السرقة ، وبه قال الشافعي وأحمـد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر وابن أبي ليلى وأبو بكر الحنبلي لا يشترط المطالبة لظهورها لعموم الآية ، كما في حد الزنا . قلنا السرقة جناية على مالك بغير إذنه ولم تثبت الجناية إلا بمطالبـة ذلك ، إذ بالمطالبة يظهر عدم الإباحة إذ لو لم يحضر عليه تمكن فيه شبهة الإباحة ، أما بإباحة الملك أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم أو أذن له في دخـــول حرزه فاعتبرت المطالبة دفعاً لهذه الشبهة ، أما الزنا لا يباح بالإباحة فلا تتمكن فيه الشبهة ، وعلى هـــذا الخلاف إذا غاب المالك عند القطع لم يقطع حتى يحضر ، وبه قال الشافعي وأحمـد خلافاً لهم ، لأن الإمضاء من باب القضاء في الحدود .

(ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار) وهذا وجـــه في

---

(١) هنا كلام مكشوط ، اه مصححه .

لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته ، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا ، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحـــدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ، ولرب الوديعة أن يقطعه أيضاً ، وكذا المغصوب منه . وقال زفر والشافعي « رح » لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع . وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع

قوله والأصح عنده أن الاقرار كالبينـــة (لأن الجناية في مال الغير لا يظهر إلا بخصومة صاحب المال) قيل إن معنى قوله أن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها ، فيكون فيه توهم التكرار . ورد بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور ، والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحدفافهم.

(وكذا إذا غاب عند القطع) أي المسروق منه عند القطع (لا يقطـع عندنا ، لان الاستيفاء) أي استيفاء القطع (من القضاء في باب الحدود) فاذا قطع قبل حضوره يكون باستيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجـــوز (وللمستودع) بفتح الدال ، أي الذي عنده الوديعة (والغاصب وصاحب الربا) صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبضه فسرق منه يقطع بخصومته ، وكذا المستودع والغاصب ، وهو معنى قوله (أن يقطعوا السارق منهم) أي من هؤلاء الثلاثة فيقطع بخصومتهم عند علمائنا الثلاثة . وقال الأكمل ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا ، فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولاية ، فـــلا يكون له ولاية الخصومة بخـلاف رب الوديعة والمنسوب منه ، لأن الملك لهما باق .

(وكذا الوديعة بقطعه أيضاً ، وكذا المغصوب منه) لأن الملك لهما باق (وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع) لأن شبهة الإذن بالأخذ والتملك قائمة من المالك ، فالقطع لا يجب بالشبهة (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا وبين زفر والشافعي (المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع) بفتح الضاد مستعمل ، وإن

والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يـــد حافظة سوى المالك، ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء ، إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين

كان الصواب كسر الضاد (والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك) كمتولي الوقف والأب والصبي فيقطع السراق منهم لأن هذا سرقة ظهرت بحجة كاملة بخصومة معتبرة لثبوت حق هؤلاء في الانتفاع واليد كالمالك .

(ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء المـذكورين) يعني لو سرق سارق من أحد من هؤلاء وخاصم المالك يقطع لقيام ملكه (إلا أن الراهن) استثناء منقطع ، وقد اختلف نسخ الهداية فيه ، ففي بعضها إلا أن الرهن (إنما يقطع بخصومته حـــال قيام الرهن) أي المرهون في يد السارق (قبل قضاء الدين أو بعـده) وفي بعض النسخ حال قيام الرهن بعد قضاء الدين . قال الكاكي والصحيح من النسخ بعد قضاء الدين بدونـه ، قيل لما إنه ذكره في المحيط .

وفي الإيضاح لو سرق من المرتهن له أن يقطعه لا للراهن ، لأنـه لا سبيل للراهن على أخذ الرهن . ثم قال وإن قضى الدين فله أن يقطعه ، لأن له أن يأخذ الرهن حينئذ ، وقـــد نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعـــد القضاء . وقال تاج الشريعة قوله قبل قضـــاء الدين أو بعده ، قيل فيه نظر ، لأنه ذكـر في الإيضاح وليس للراهن أن يقطع السارق ، لأن حق القطع القبض من المرتهن . ولو قال الراهـــن للمرتهن إت بالرهن لأقضي الدين ، فحينئذ له دلالة القطع بحق منه قبل القضاء ، هكذا رأيت في بعض المواضع ، فلو كان الحكم هكذا يخرج من النظر .

وقال الأكمل رحمه الله بعد أن ذكر في بعض النسخ بعد القضاء الشارحون نقـــلا وعقلا ، أما نقلا فإنه موافق رواية الإيضاح وذكرناه وأما عقلا فلأن السارق إنمـا يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد ، وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين، انتهى . قلت فانه ما قاله تاج الشريعة .

لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه ، والشافعي « رح » بناه على أصله إذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده . وزفر « ر ح » يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ، فلا تظهر في حق القطع ، لأن فيه تفويت الصيانة . ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة

(لأنه لا حق له في المطالبة بالعين دونه) أي لأن الراهن ليس له طلب العين المرهونة بدون قضاء الدين ، هذا ذكره شيخي . وقال الأكمل الضمير في بدونه راجع إلى قضاء الدين ، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن ، فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين ، أحدهما قيام المرهون ، حتى لو هلك ولا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه ، والآخر قضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ .

(والشافعي بناه على أصله) أشار بهذا إلى أن الشافعي وزفر بعد أن اتفقا في الحكم المذكور كما مر اختلفا في ترجيح المناطقة ، فالشافعي بناه على أصله (إلا أنه خص منه لهؤلاء) أي المذكورين المستودع والمستعير إلى آخر ما ذكر (في الاسترداد عنده) إذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك ، وإذا لم يكن الاسترداد لا يلتفت إلى خصومتهم . ولكن قال في الوجيز يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن ، وهذا قال في شرح المجمع وتركت الخلاف المذكور في المنظومة في أنه لا يقطع بالسرقة من يد المودع . وقال مالك قطع من يد المودع والوكيل والمرتهن والمستعير .

(وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ) يعني ولايتهم لأجل الحفظ فيظهر في حق الحفظ (فلا يظهر في حق القطع ، لأن فيه) أي لأن في ظهور حق القطع (تفويت الصيانة) لأن المال مضمون على السارق ، فلو استوى القطع سقط الضمان ، فيكون فيه تضييع لا صيانة ، وهو مأذون بالحفظ والصيانة .

(ولنا أن السرقة موجبة للقطع من نفسها وقد ظهرت) أي السرقة (عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة) لأن خصومتهم (معتبرة) لحاجتهم إلى الاسترداد ،

مطلقاً، إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفي القطع، والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء، فلم يعتبر، ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن، فإنه يقطع بخصومته في ظاهر

لأن اعتبار خصومة الملك إلى إظهار السارق لإعادته إلى المحل لتحصيل أغراض متعلقة باليد، وهو المعنى الموجود في حق هؤلاء، أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل والمرتهن والمودع لأجل الحفظ الملتزم والمتمكن من رده إلى المالك يخرجا عن عهدة الضمان (مطلقاً) قاله لنفي قول زفر، فان خصومة هؤلاء عنده في حق الاسترداد دون القطع (إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد) لإعادة اليد، لأن اليد مقصودة في ذلك وهم في ذلك كالمالك، فاذا كان كذلك (فيستوفي القطع) لأن الخصومة مطلقة لا لضرورة فقط كما قال زفر .

(والمقصود من الخصومة) أي مقصود صاحب اليد من الخصومة (إحياء حقه) أي حق المالك (وسقوط العصمة) جواب عن قول زفر، لأن فيه تفويت الصيانة، تقريره أن سقوط العصمة (ضرورة استيفاء القطع) يعني أن الإمام استوفى القطع حقاً لله تعالى، فسقط الضمان ضرورة، فلا يصير المودع مسقطاً للضمان، فاذا كان سقوط الضمان من ضرورة القطع كان ضمناً (فلم يعتبر) لأن الضمينات لا تعتبر .

(ولا يعتبر بشبهة موهومة الاعتراض) هذا جواب عن سؤال مقدر، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر قبل هذا الاحتمال أنه لو حضر وأقر السارق بالمسروق فأجاب بقوله (ولا معتبر) أي الاعتبار شبهة موهومة الاعتراض، أي لتوهم اعتراض الاقرار من المالك إذا حضر أن المؤثر شبهة يوهم وجودها في الحال ما لا يتوهم اعتراضها في المال .

(كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن) وهو المودع بفتح الدال، فان فيه شبهة موهومة أيضاً، وهو أن يحضر المؤتمن (فانه يقطع بخصومته) أي بخصومة المالك (في ظاهر

الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتـــة . وإن قطع سارق بسرقـــة فسرقت منه فلم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني، لأن المال غير متقوم في حق السارق الأول، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك ، فلم تنعقد موجبة في نفسها ، وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته ، إذ الرد واجب عليه .

الرواية) احترز به عن رواية ابن سماعة ومحمد أن المالك ليس له أن يقطع حال غيبـــة المودع ، لان السارق لم يسرق من المالك ، وإنمـــا سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره (وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة) كلمة ان واصلة بمـا قبله ، أي يقطع وان كانت شبهة الإذن من المؤتمن في دخول الحرز ثابتة .

فان قيل القطع عقوبة يسقط بالشبهة ، فلا يثبت بخصومـة المودع كالقصاص . قلنا القطع عقوبة يجب حقاً لله تعالى إجماعاً ، وانما شرطت الخصومة ، بخلاف البيان إذ كا ليس للسارق ، لكن يعزه ، والمودع يملك هذه الخصومة بخلاف القصاص، فانه حق العبد.

(وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه) أي من السارق (لم يكن له) أي للسارق ولا لرب السرقة (أن يقطع السارق الثاني) وبه قال أحمد والشافعي في قـــول . وقال الشافعي ومالك في قول يقطع بدعوى المالك ، لانه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيـه ، سواء قطع السارق الاول أو لا . وذكر أصحاب الشافعي الخصم في هذا السارق المالك لا السارق والغاصب . قال صاحب الحلية وعندي أن كل واحـــد من المالك والسارق والغاصب خصم (لان المال غير متقوم في حق السارق الاول ، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبة في نفسها) أي فلم تنعقد السرقة موجبة للقطع في نفسها ، وأيضاً أن يده لم تبق من الأيدي التي ذكرناها من ملك وديعة وخصومة ، ومن هذه في صفـة لا يعتبر في القطع .

(وللأول) أي وللسارق الأول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته) إذ الرد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى ، لأن يده ليست بصحيحة لكون اليـــد

ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعدما دريء الحـــد بشبهة يقطع بخصومة الأول ، لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد، فصار كالغاصب . ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الإرتفاع إلى الحاكم لم يقطع . وعن أبي يوسف « رح» أنـــه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة . وجـــه الظـاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة ، لأن البنية إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة ،

الصحيحة عبارة عن أن تكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد .

(ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول) أي السارق الأول (أو بعد ما دريء الحد بشبهة) أي أو سرق الثاني بعدما دريء القطع بشبهة (يقطع بخصومـــة الأول) أي بسارق الأول (لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد ، فصار كالغاصب)والدرء هنا بالشبهة كعدم القطع ، ولا فرق عند أحمد بين القطع وعدمه ، لأن يد السارق على المال لا يد أمانة ولا يد ملك ، فأشبه ما لو وجد ضائعاً .

(ولو سرقته) أي مسروقة في نسخة (ومن سرق فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع) في ظاهر الرواية . (وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة) بجامع أن القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه إلى الخصومة شرط الظهور ،فكذا ما بعد الإرتفاع وقبله سواء .

(وجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن الخصومة شرط لظهور السرقة ، لأن البينة) وفي النهاية في بعض النسخ بالواو ، أي ولأن البينة . وقال الكاكي ولكن نسخة شيخي بلا واو ، وقال هو الأصح . قلت وكذا نسخة شيخي بلا واو. وقال هو الأصح. ثم كتب بخطه على حاشية الكتاب لأن البينة (إنما جعلت حجة) مع قيام احتمال الكذب (ضرورة قطع الخصومة) فخصومة المالك شرط لإقامة البينة (وقد انقطعت الخصومة)

بخلاف ما بعد المرافقة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديراً . وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع ، معناه

لزوال الملك قبل الإرتفاع إلى الحاكم ، فلا تبقى البينة حجة بعد ذلك لانعدام الشرط ، وهذا الذي كتب إيضاحاً لما قاله المصنف ، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة لقطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة فلا تبقى حجة .

(بخلاف ما بعد المرافقة) يعني لوردها بعد سماع البينة والقضاء يقطع ، وبعد السماع قبل القضاء يقطع استحساناً لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة (لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها) قال الأترازي لحصول مقصودها الضمير راجع إلى الخصومة ، أي لحصول المقصود من الخصومة ، لأن المقصود بالخصومة استرداد المال إلى المالك والشيء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح ينفرد بالموت ، لا أنه يبطل ، لكن الخصومة يبطل . فأما تقدير الإستيفاء القطع ، وهو معنى قوله (فيتبقى تقديراً) باعتبار قيام يده على المال ولو رده على ولده أو ذي رحم لم يكن في عيال المالك يقطع لعدم الوصول إليه حقيقة وحكماً ، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليه . وإن كان في عياله لا يقطع ، لأن يد من في عياله كيده حكماً . ولهذا لا يضمن المودع المستعير بالدفع إليه .

وكذا لو رده على امرأته أو عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة . ولو دفع إلى والده أو جده أو والدته وليسوا في عياله لا يقطع ، لأن بهؤلاء شبهة المالك في ماله بالنص ، فيثبت شبهة الرد . ولو دفع إلى عيالها لا يقطع لأنه شبهة ، وهي معتبرة . ولو دفع إلى مكاتبه لا يقطع ، لأن عبده ولو سرق من المكاتب ورد إلى سيده لا يقطع . ولو سرق من العيال ورده إلى من بعولتهم لا يقطع ، لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله .

(فإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير بهذه العبارة ، وفسرها المصنف بقوله (معناه) أي معنى ما ذكره محمد

إذا سلمت إليه . وكذلك إذا باعها المالك إياه . وقال زفر والشافعي « رح » يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » لأن السرقة قد تمت انعقاداً وظهوراً ، وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة . ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء ، إذ القضاء للإظهار ،

فيها فوهبت له (إذا سلمت) يعني إذا سلمت السرقة إلى العين المسروقة ، لان الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك .

(وكذا لا يقطع إذا باعها المالك إياه) أي إذا باع العين المسروقة مالك إياه ، أي السارق(وقال زفر والشافعي يقطع) وبه قال مالك وأحمد (وهو رواية) أي ما قاله زفر والشافعي رواية (عن أبي يوسف ، لأن السرقة قد تمت انعقاداً) باحتمال الغير على وجه الحقيقة من حرز لا شبهه فيه ، إذ وضع المسألة في ذلك (وظهوراً) أي من حيث الظهور ، لأن الفرض أنه قضي عليه بالقطع ، ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها .

(وبهذا العارض) وهو ثبوت الملك بالهبة والشراء لا قيام الملك وقت السرقة ، لأن الهبة والشراء يوجب ملكاً حادثاً فلا يمنع به الاستيفاء ، وبهذا احترز به عما أقر به المالك أن المسروق للسارق ، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) [1] ... الملك للسارق وقت وجود السرقة ، فإذا كان الأمر كذلك (فلا شبهة فيقطع) .

(ولنا أن الامضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالجلد (في هذا الباب) أي في باب الحدود (لوقوع الإستغناء عنه) أي عن القضاء بالاستيفاء ، يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني عنه إلا بالإستيفاء (إذ القضاء) أي لأن القضاء (للإظهار) ولا إظهار ها هنا ، لأن القطع حق

---

(١) هنا كلام مكشوط في الأصل . اهـ مصححه .

والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده . وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء ، وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء . قال وكذلك إذا انقضت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء . وعن محمد « رح » أنه يقطع ، وهو قول زفر والشافعي « رح » اعتباراً بالنقصان في العين .

الله تعالى ، وهو معنى قوله (القطع حق الله ، وهو ظاهر عنده) أي عند الله تعالى لا يغرب عن علمه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء فلا حاجة إلى الإظهار .

(وإذا كان كذلك) أي إذا كان الامضاء من القضاء (يشترط قيام الخصومة عند الإستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتهى ذلك بالبيع والهبة ، لأن ما يكون شرطاً لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الإستيفاء ، لأن المعترض قبل الإستيفاء كالمقترن بأصل السبب ، بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود ، فإن الحدود لا تستوفى إذا كان الشهود على هذه الأوصاف وقت الإستيفاءبالإجماع،وذكرهفي الأسرار .

(وصار) أي الملك الحادث (كما إذا ملكها منه قبل القضاء) لأنه بما لم يمض فكأنه لم يقض . ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديراً في صورة رد المسروق بعد الواقعة قبل الاستيفاء لم يكن الإستيفاء من القضاء حتى أوجبتم القطع وهنا جعلتم الإستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعاً لوجود الحد ، وما ذلك إلا تناقض والجواب الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقاً ، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ ، وهاهنا حديث بينهما تصرف موضوع لإفادة الملك ، فكان شبهة (قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) أي نقضت من حيث السعر،فإنه ذكر في المحيط لو كان نقصان القيمة لنقصان في المعنى وإن كان لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية .

(وعن محمد أنه يقطع،وهو قول الشافعي وزفر)وقولمالكوأحمد(اعتباراً بالنقصان في العين) يعني بأن هلك دراهم من العشرة ، أو استهلكه ، وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن تكون السرقة الموجبة للقطع عشرة دراهم ، فإن نقص عن ذلك قبل

ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عنـــد الإمضاء لمـــا ذكرنا ، بخلاف النقصان في العين ، لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عيناً وديناً ، كما إذا استهلك كله ، أما نقصان السعر غير مضمون فافترقا . وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة ، معناه بعدما شهـــد الشاهدان بالسرقة.

وقال الشافعي « رح » لا يسقط مجرد الدعوى ،

القطع في العين لم يمنع من الإستيفاء منه بالإتفاق فيهما . وإن كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتباراً بالأول بجامع وجود سرقة نصاب فيهاإن كان النصاب لما كان شرطاً فيالابتداء . (ولنا) وهو وجه ظاهر الرواية (أن كمالالنصاب لما كان شرطاً) في الإبتداء (يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا) أراد به قوله أن الامضاء من القضاء .

(بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه) أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون (فكمل النصاب عيناً) أي من حيث العين وقت الأخذ فيما إذا كان المسروق من ذوات الأمثال (وديناً) أي من حيث الدين وقت الإستيفاء فيما إذا كان المسروقمنذوات القيم (كما إذا استهلكه كله) أي كما إذا استهلك السارق كل العين (أما نقصان السعر غير مضمون) فكان النصاب مناقضاً عند القطع فصار شبهة (فافترقا) أي افترق نصابالسعر ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الأول .

(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط عنه) أي عن السارق (وإن لم يقم بينة) واصلة بما قبله ، وهو رد لقول الشافعي على ما نذكره ، وهو لفظ القدوري ، وفسره المصنف بقوله (معناه) أي معنى كلام القدوري (بعد ما شهـــد الشاهدان بالسرقة) إنما فسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة ، فإنه يسقط القطع بالإتفاق .

(وقول الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى) وفي المغنى لابن قدامة في كتب أصحاب

لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد . ولنا أن الشبهة دارئة ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال ، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار . وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ، لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة ،

الشافعي رحمه الله يحلف المسروق منه ، فإن نكل لا قطع عليه بالإجماع . وإن حلف لا يقطع أيضاً وهو نص الشافعي . وقال بعض أصحابه فيه وجهان ، قيل لا يقطع وبه قال أحمد في رواية ، لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب القطع ، إذ كل سارق لا يعجز عن هذا. وعن أحمد في رواية أخرى أنه إن كان السارق معروفاً بالسرقة قطع ، لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال ، لأن الحد يندرىء بالشبهات ، وهي احتمال صدقه (لأنه لا يعجز عنه) أي عن قول أنها ملكه (فيؤدي إلى سد باب الحد) وسمى الشافعي هذا السارق ظريفاً ، لأن أكثر السراق لا يعلمون هذا .

(ولنا أن الشبهة دارئة) للحد (ويتحقق) أي الشبهة (بمجرد الدعوى للاحتمال) أي لاحتمال دعواه الصدق (ولا معتبر بما قال) أي الشافعي أنه لا يعجز عنه سارق (بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار) أي بالسرقة مع أنه لا يعجز عنه سارق وما من مقر إلا وتمكن من الرجوع ، وكان ذلك معتبراً في إيراث الشبهة ، فكذا هذا وفيه نظر ، لأن إقراره حجة قاصرة ، والبينة حجة كاملة لما عرف ، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة موروثاً لما في الكاملة . والجواب أن الكمال المقصود بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه ، وليس كلامنا فيه ، وأما بالنسبة إلى المقر فيهما سواء .

(وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء . وعند الأئمة الثلاثة لم يعتبر دعواه بعد القضاء (لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة)

فإن سرقا ثم غـــاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة « رح » ، والآخر وهو قولهما ، وكان يقول أولاً لا يقطع ، لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة . وجه قولـــه الآخر أن الغيبة تمنـــع ثبوت السرقة على الغائب ، فيبقى معدوماً ، والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على ما مر ، وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطـع وترد السرقة إلى المسروق منه ، هـــذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يقطع والعشرة للمولى . وقال محمد « رح » لا يقطع ، والعشرة للمولى

فيكون فعلا واحدا (فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة « رح » الآخر وهو قولهما وكان) أي أبو حنيفة (يقول أولاً لا يقطع لأنه) أي لأن الغائب (لو حضر) ربما يدعي الشبهة وهي دارئة للحد عن نفسه ، وعن الآخر حد ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة ، وهو لا يجوز .

(وجه قوله الآخر) أي وجه قول أبي حنيفة الآخر (أن الغيبة تمنع ثبوت السرقـة على الغائب) لأن القضاء على الغائب لا يجوز (فيبقى معدوماً) أي يبقى فعل السرقة معدوماً (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود ، وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة (ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة) لانه لو اعتبر يلزم اعتبار شبهة الشبهة ، وهي محطة عن حيز الاعتبار (على ما مر) إشارة إلى قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض.

(وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) يعني كائنة بعينها (فانه يقطع وترد السرقة المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد .

(وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى) وحكي عن الطحاوي رحمه الله أنه قال سمعت

وهو قول زفر « رح » ، ومعنى هـــذا إذا كذبه المولى . ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده . ولو كان العبد مأذوناً له يقطع في الوجهـــين . وقال زفر « رح » لا يقطع في الوجوه كلها ، لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح ، لأنـه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغـير غير مقبول ، إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطاً عليه من جهته

استاذي ابن أبي عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع ، وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه معنا (إذا كذبه المولى) أي معنى قول محمد والعشرة للمولى إذا كذبه المولى بأن قال المال مالي فالعشرة له ولا يقطع العبد .

(ولو أقر) أي العبد المحجور (بسرقة مال مستهلك قطعت يده) اتفاقاً بين علمائنـــا الثلاثة ، قال تاج الشريعة لان الإقرار بسرقة مال مستهلك إقرار بحد مفرد، والاقرار بحد مفرد صحيح من العبد المحجور عند علمائنا الثلاثة ، كما لو أقر بالزنا أو بشرب الخمر (ولو كان العبد مأذوناً له يقطع في الوجهين) أي فيما اذا كان المال قائماً أو مستهلكاً .

(وقال زفر يقطع في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان العبد محجورا أو مأذوناً والحال قائم أو هالك (لان الاصل عنده) أي عند زفر (أن اقرار العبد على نفسه) مأذوناً كان أو محجورا (بالحدود والقصاص لا يصح ، لانه) أي لان الإقرار (يرد على نفسه) يعني في القصاص (وطرفه) يعني في الحدود (وكل ذلك) أي طرفه ونفسه (مـــال للمولى والإقرار على الغير غير مقبول) ألا ترى أنه لو أقر برقبة الغير كان اقراره باطلا (الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان) ان كان مستهلكاً (والمال) أي يؤاخذ بالمال ان كان قائماً بصحة اقراره به (لكونه) أي لكون المأذون له مسلطاً عليه من جهته) أي لكونـه

والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضاً ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث أنه مال ، ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الأضرار ومثله مقبول على الغير . لمحمد « رح » في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ، ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب ، فيبقى مال المولى . ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى

مسلطاً على اقراره من جهة المولى (والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضاً) أي كما لا يصح في النفس أيضاً .

(ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي) مخاطب لامن حيث أنه مال (ثم يتعدى إلى المالية من حيث أنه مال) يعني لما صح إقراره من حيث أنه آدمي صح من حيث أنه مال أيضاً لسراية إليها ، لأن آدميته لا تنفك عن ماليته ، فالسراية من حيث أنه مال تبعاً وقد يثبت الشيء تبعاً ولا يثبت قصدا .

(ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لمايستمل عليه من الأضرار) أي على العبد ، لأن ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحقه المولى (ومثله) أي ومثل ما كان ضرر الإقرار فيه أدى إلى السفر وإلى الغير (مقبول على الغير) أي بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الإقرار إذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته ، وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة ، حيث لا يلزم الصوم كما يلزم غيره ، وكذلك الحر المديون إذا أقر بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالاجماع وإن كان فيه إبطال ديون الغرماء .

(لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ، ولهذا) أي ولأجل بطلان إقرار المحجور عليه بالمال(لا يصح منه الاقرار بالغصب) فكذا لا يصح إقراره بالسرقة ، فإذا لم يصح إقراره بالمالية في حق المالية (فيبقى مال المولى) على ملكه (ولا قطع على عبد في سرقة مال المولى) أي في سرقة مال حكم به لسيده ، لأن كون المال مملوكاً لغير

يؤيده أن المال أصل فيها، والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع، ويثبت المـــال دونه . وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت . وإذ بطل فيما هو الأصل بطل في التبع، بخلاف المأذون ، لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً . ولأبي يوسف «رح» أنـــه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه ، وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه

السارق وغير مولاه شرط وجوب القطع (يؤيده) أي يؤيد ما ذكره محمد ، وهذا إشارة إلى أن الكل واحد من أصحابنا الثلاثة أصلاً ، فأبو حنيفة يقول القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم، وبدليل أنه لو قال يبقى المال ولا يبقى القطع لم يسقط القطع.

وأبو يوسف يقول كل منهما أصل مـــا أصالة القطع فيما قالوا في الحر إذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح إقراره في حق القطع دون المالية . وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع، والخصومة شرط، ولولا أن المال أصل يوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى ، وهو مستوفى بلا طالب .

ومحمد يقول المال أصل والقطع تبع ، وهو معنى قول المصنف (أن المال أصل فيها) أي في السرقة (والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه) أي في المال بدون القطع مثل أن يقول اطلب المال منه دون القطع (ويثبت المال دونه) أي دون القطع ، كما إذا شهـــد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع يضمن المال ولا يقطـــع (وفي عكســه) بأن قال أطلب القطع دون المال (لا تسمع) أي الخصومة (ولا يثبت) أي المال (وإذا بطل) أي الإقرار (فيما هو الأصل) أي المال (يبطل في التبــع) وهو القطع (بخلاف المأذون ، لأن إقرارهبالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً) لصحة الإقرار به .

(ولأبي يوسف أنه) أي العبد (أقر بشيئين بالقطع وهـــو) أي القطع (على نفسه) صحيح (فيصح على ما ذكرناه) أي إقراره في حق القطع (وبالمال) أي إقراره بالمـــال (وهو) أي الإقرار بالمال(على المولى فلا يصح في حقه فيه) أي فلا يصح إقرار العبد في

والقطع يستحق بدونه ، كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو لي تقطع يـــد المقر ، وإن كان لا يصـــدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد . ولأبي حنيفة « رح » أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينـــا فيصح بالمال بنـــاء عليه ، لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء ، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المـــال باعتباره ، ويستوفي القطع بعـــد استهلاكه ،

حق المولى في المال (والقطع مستحق بدونه) أي بدون المال (كما إذا قال الحـر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو ثوبي يقطع به المقر) لصحـــة إقراره (وإن كان) واصل بما قبله ، أي وإن كان العبد (لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد) وفي المبسوط وكما لو أقر بسرقة مال مستهلك وهذا لأنه لم يقبل إقراره في تعيين هذا المال بقي المسروق مستهلكاً .

(ولأبي حنيفة أن الإقرار بالقطع قد صح منه) أي من العبد (لـما بينا) إشارة الى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي (فيصح) أي إقراره (بالمال بناء عليه) أي على صحة الإقرار بالقطع لما شهدنا من أصله فيما مضى (لأن الاقرار ينافي حالة البقاء) أي بقاء السرقه ، لأن الاقرار بالشيء إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به قبل الاقرار ، ألا ترى أن إقرار أحد الزوجين بالنكاح صحيح من غير شهادة (والمـال في حالة البقاء تابع للقطع ، حتى تسقط) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء (عصمة المال باعتباره) أي باعتبار القطع (ويستوفي القطع بعد استهلاكه) أي استهلاك المال ، فلو أبطلنا اقراره في حق القطع باعتبار المال لجعلنا المال في البقاء أصلاً ، وهذا باطل ، كذا في جامع البرهاني.

وفي بعض الشروح وقوله باعتباره ، أي باعتبار القطع لما يجيء من أصلنا أن القطع لا يجتمع من الضمان ، ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تابع به

بخلاف مسألة الحر ، لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا . ولو صدقة المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع . قال وإذا قطع اسارق والعين قائمة في يده ردت إلى صاحبها لبقائها على ملكه ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن ، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك

لأنه لو كان أصلاً لما تغير حاله من التقوم الى غيره ، لأنه مقصود منه انما يكون بالتقوم ، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال ، فيدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل .

(بخلاف مسألة الحر) جواب عما أشهد به أبو يوسف بقوله كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد الى آخره ، بيانه أن هذه المسألة له ليست نظير تلك المسألة، لأنه ليس من ضرورة كونه مسروقاً عن شخص كونه مالكاً ، لجواز أن يكون مودعاً فيقطع (لان القطع إنما يجب بالسرقة من المودع) بخصومته وان لم يرد اليه المال ، وأما ها هنا .فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى ، فحينئذ لا يجب القطع ، لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده، وهو معنى قوله (أما لا يجب) أي القطع (بسرقة مال المولى فافترقا) أي الحكمان المذكوران .

(ولو صدقه المولى) أي ولو صدق المولى عبده (يقطع في الفصول كلها) وهي أن يكون العبد مأذوناً أو محجوراً عليه ، والمال قائم بنفسه أو مستهلك ، والمولى يكذبه أو يصدقه ، فإذا صدقه المولى يقطع في هذه الفصول كلها (لزوال المانع) أي من القطع ووجود المقتضى له .

(واذا قطع السارق والعين قائمة) أي والحال أن العين موجودة (ردت على صاحبها لبقائها) أي لبقاء العين (على ملكه) أي على ملك المسروق منه .

(وان كانت) أي العين (مستهلكة لم يضمن ، وهذا الاطلاق) أراد به اطلاق القدوري في مختصره بقوله ان كانت هالكة ، يعني قوله ان كانت هالكة (يشمل الهلاك

والاستهلاك ، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة « رح » ، وهو المشهور . وروى الحسن عنه أنه يضمن بالإستهلاك . وقال الشافعي « رح » يضمن فيهما لأنهما قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان ، فالقطع حق الشرع ، وسببه ترك الانتهـــاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد وسببه أخذ المال . فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ، أو شرب

والاستهلاك) لانه لما لم يجد الضمان في الاستهلاك ، ففي الهلاك اولى (وهـــو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة) يعني شمـــول اطلاق الهلاك والاستهلاك ، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة .

(وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه) أي أن الضمان يجب بالاستهلاك دون الهـــلاك (وقال الشافعي يضمن فيهما) أي في الهـــلاك والاستهلاك (لانها) أي القطع والضمان حقان (قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان) أي لا يمتنع أحدهما بالآخر ، وبـــين اختلاف السببين بقوله (فالقطع حق الشرع ، وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد، وسببه أخذ المال) لاختلاف أهل العلم أن المال اذا كان قائماً يرد على مالكه، وكذا لو باعه السارق أو وهبه يأخذه من المشتري والموهوب له ، ويبطل البيع والهبة .

واختلفوا في الثالثة ، فقال الشافعي وأحمد وأبو ثور يجب على السارق رد قيمتها ، أو مثلياً ان كان مثلياً ، وهو قول ابراهيم النخعي وحماد والحسن البصري واسحاق والليث ابن سعد . وقال علماؤنا والثوري لا يجتمع الضمان مع القطع ، فلو ضمنه المالك قبل القطع سقط القطع ، وان قطعه سقط الضمان ، وهو قول عطاء ومحمد بن سيرين وابن شبرمـــة وعامر الشعبي ومكحول . وقال مالك ان كان السارق معسراً فلا ضمان عليه ، وان كان موسراً يضمن لنظر الجانبين .

(فصار) أي حكم هذا على الوجه المذكور (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث أنه يجب قيمته للمالك ، وقيمة أخرى لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى (أو شرب

خمراً مملوكا لذمي . ولنـــا قوله عليه السلام لاغرم على السارق بعدما قطعت يمينه .

خمراًمملوك لذمي) يعني على أصلكم ، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عند الشافعي وإن كان لذمي ، وعندنا يجب قيمته ويحد .

(ولنا قوله ﷺ) أي قول النبي ﷺ (لا غرم على السارق بعدمـا قطعت يمينه) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ، ومعناه ما أخرجه النسائي في سننه عن حسان بن عبدالله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعيد بن ابراهيم عن المسمود بن ابراهيم عـــن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد ، انتهى . قال النسائي هذا مرسل ليس بثابت .

وأخرجه الدارقطني في سننه بلفظ لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وقال المسور بن ابراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف ، فإن صح اسناده فهو مرسل ، وسعيـــد بن ابراهيم مجهول .

ورواه البزار في مسنده بلفظ لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد . قال : المسور ابن ابراهيم لم يلق عبـد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ، ورواه الطبراني في الأوسط . وقال لا يروى عن الرحمن بن عوف إلا بهذا الاسناد ، وهو غـــير متصل ، لأن المسور لم يسمع من جده عبد الرحمن بن عوف . وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبي عـن هذا الحديث ، فقال هذا حديث منكر ، والمسور لم يلحق عبـــد الرحمن ، وقد طول الأكمل هنا كلاماً ولم يتعرض لبيان حال الحديث . وقال الكاكي وذكر ابن قدامـة في المغنى قال ابن المنذر سعيد بن ابراهيم مجهـول ، وقال ابن عبد البر الحديث ليس بقوي . قلنا ليس كذلك ، فإن الزهري يروي عن سعيد بن ابراهيم هذا الحديث، نقله عبدالباقي. وقال عبد الباقي هذا صحيح ، وقول ابن قدامة ليس أجود القاطع عليه .

قلنا اطلاق الغرم على اجرة القاطع خلاف الظاهر ، مع أنه نكرة في موضع النفي ، انتهى . قلت رواه ابن جرير الطبري هذا الحديث في تهذيب الآثار موصولاً ، فقال حدثنا أحمد بن الحسن الترمذي قال حدثنا سعيد بن كثير بن عفيرعن المفضل بن فضالة عن يونس بن

ولأن وجود الضمان ينافي القطع، لانـــه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الاخذ ، فتبين أنـه ورد على ملكه فيتبقى القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفى، ولأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد إذ لو بقي لكان مباحـــاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة

يزيد وسعد بن ابراهيم حدثني أخو المسور بن ابراهيم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه .

وأخرجه أبو عمر عبد الله عن طريق ابن جرير وهذا المسور وأبوه على شرط البخاري، وأبوه ذكره ابن حبان في ثقاة التابعين ، ثم قال ابن جرير ما ملخصه فيه البيان من صحة قول من لم يضمن السارق بعد الحد وفساد قول من ضمنه ، ثم حكي عدم التضمين عن ابن سيرين والنخعي والشعبي وعطاء والحسن وقتادة ، وقال وعلتهم مع الأثر القيـــاس على إجماعهم على أن أهل العدل إذا ظهروا على الخوارج لم يغرموا ما استهلكوه ، وكذا قطاع الطريق . ولو كان السارق في التضمين كالغاصب للتعدية لوجب الضمان على هؤلاء لتعديهم وظلمهم ، قال وهذا هو الصواب لقوله تعالى ﴿ فاقطعوا أيديهما جزاء بمـا كسبا ﴾ ٣٨ المائدة ، فلم يأمر بالتغريم ، ولو كان لازماً لعرفهم كما عرفهم بالقطع .

(ولأن وجوب الضمان ينافي القطع ، لأنه يتملكه) أي لأن السارق يتملك المسروق (بأداء الضمان) حال كونه (مستنداً إلى وقت الأخذ) أي أخذ السرقة (فتبين أنـــه) أي أن الأخذ (ورد على ملكه فيبقى القطع للشبهة وما يؤدي) أي والشيء الذي يؤدي (إلى انتفائه) أي انتفاء القطع المشروع (فهـو المنتفي) لأن انتفاء اللازم يـــدل على انتفاء الملزوم .

(ولأن المحل) أي المال (لا يبقى معصوماً) قبل القطع حال كونه (حقـاً للعبد ، لأنه لو بقي) معصوماً حقاً للعبد (لكان مباحاً في نفسه) لأنه عرف بالاستقراء ما هـــو حرام حقاً للعبد فهو مبـــاح في نفسه ، فكان المال للسارق حراماً من وجه دون وجه (فينتفي القطع للشبهة) أي لشبهة كونه مباحاً في نفسه ، حاصله أن الشبهـــة هو أن

فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ، ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانــــه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه ، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره . ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمــــام المقصود فيعتبر الشبهة فيه ، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان ، لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة .

تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه ، فحينئذ يندرىء الحد ، فإذا لم يبق معصومــاً حقاً للعبد (فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) أي في المحرم حقاً للشرع ، لأن العصمة جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت إلى الله تعالى ، فصار المــال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك . وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه كما مر عن قريب .

وتقدير الجواب أن يقال (إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك ، لأنه) أي لأن الاستهلاك (فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه) أي في حق فعل آخــــر (وكذا الشبهة) وهي كونه مباحاً في نفسه (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك .

(ووجه المشهور) وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك إتمام المقصود) بالسرقة ، لأنه إنما سرق ليصير إلى بعض حوائجه ، فكانت تتمة السبب، لأنه فعل آخر (فيعتبر الشبهة فيه) لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السرقة (وكــذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان) في فصل الاستهلاك (لأنه) أي لأن سقوط العصمة (من ضرورات سقوطها في فصل الهلاك لانتفاء المماثلة) بين المال المسروق وبين الضمان، لأن الضمان مال معصوم حقاً للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقاً له في حالة الاستهلاك فقط ، فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان ، لأن ضمــــان المقدور شرط بالمماثلة بالنص ، ولهذا لا يجب الضمان عندنا بمقابلة استهــــلاك المنافع بالغصب لانتفــــاء المماثلة .

قال ومن سرق سرقات فقطـــع في إحداهما فهو بجميعها ولا يضمن شيئا عنـــد أبي حنيفة « رح » ، وقالا يضمن كلها إلا التي قطع لها ، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم فإن حضروا جميعـــاً وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئاً بالإتفاق في السرقات كلها . لهما أن الحاضر ليس بغائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقطع القطع لهـا فبقيت أموالهم معصومة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقـاً لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي .

(ومن سرق سرقات فقطع في إحداهما) أي في إحدى السرقات يعني لاجل واحد منها (فهو) أي القطع واقع (بجميعها) بالإتفاق ، لان القطع يتداخل بالإجماع ، وبـــه قالت الثلاثة (ولا يضمن شيئاً) أي لأرباب المسروقات (عند أبي حنيفة) .

(وقالا يضمن كلها) أي كل السرقات (إلا التي) أي إلا السرقة التي (قطع لها ، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم) أي أحد أرباب السرقات وادعى السرقة (فإن حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً بالإتفاق في السرقات كلها . لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن الحاضر ليس بغائب عن الغائب) حتى يجعل خصومته لخصومتهـــم (ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ، فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقطع القطع لها) أي للسرقات كلها ، وإذا لم يقع القطع لها (فبقيت أموالهم معصومة) والمـال المعصوم مضمون لا محالة .

(وله) أي لأبي حنيفة (أن الواجب بالكل) أي بكل السرقات (قطع واحـــد حقاً لله تعالى) وكل ما كان كذلك يتداخل (لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومـــة شرط الظهور عند القاضي) وقد وجد ذلك أيضاً بالنسبة إلى الجمـــع . قال تاج الشريعة والشروط تراعى وجودهـــا قصداً ، ولهذا يصح الإعتكاف بصوم رمضان ، والصلاة بالوضوء لدخول المسجد .

أمـــا الوجوب بالجناية فإذا استوفى فالمستوفي كــل الواجب، ألا ترى أنـه يرجع نفعه إلى الكل ، وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض .

(أما الوجوب) أي وجوب القطع (بالجناية) جزاء لها (فإذا استوفى) يعني ذلك القطع الواحد (فالمستوفي كل الواجب ، ألا ترى أنه يرجع نفعه) وهو الإنزجـار (إلى الكل)فيقطع عن الكل .

فإن قيل الحكم الثابت هاهنا لا يرد على الثابت والقطع يتضمن البراءة عن ضمـــان المسروق ، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصاً لم يبرأ ، فكيف يبرأ إذا ثبت ضمناً. أجيب بأنه كم من شيء ثبت ضمناً ولم يثبت قصداً كبيع الشرب ووقف النقـــول ، ثم هاهنا لما وقع القطع في حق الكل بالإجماع ثبعه ما هو ثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان.

فان قيل الخصومة شرط ليصير باذلاً للمال ، إذ لا يصح البدل من واحد عن الكل . قلنا بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعي يثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد ، ألا ترى أنه مستوفى بخصومة من يملك البذل من لا يملك ، كالأب والوصي .

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيـــه (إذا كانت النصب) بضم النون والصاد جمع نصاب (كلها لواحد فخاصم في البعض) أي في بعض النصب ، يعني لو سرق السارق النصب من شخص واحد مراراً فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك ، فعند أبي حنيفـة لا يضمن النصب الباقي . وعند أبي يوسف ومحمـــد يضمن فافهم .



باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يقطع ، لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش ، فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ، وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع .

(باب ما يحدث السارق في السرقة)

أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه السارق في العين التي يسرقها ، ويحدث بضم الياء من الإحداث .

(ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع) قيد بقوله في الدار ، لأنه لو شقه خارج الدار يقطع بالإجماع، سواء بلغت قيمته نصاباً أو لا . ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة . وكذا لو بلغت قيمته نصاباً بعد الشق في البيت .وقيد بقوله وهو يساوي ، أي الثوب يساوي عشرة بعد الشق ، لأنه لو لم يساويها عشرة بعد الشق لا يجب القطع بالإتفاق .

(وعند أبي يوسف لا يقطع ، لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش) وهذا الخرق طولاً فانه خرق فاحش (فانه) أي فان الخرق الفاحش (يوجب القيمه وتملك المضمون) ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملك الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك، لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكسر من السارق (فصار) أي حكم هذا (كالمشترى) بكسر الراء (إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع) ثم فسخ البائع فانه لا يقطع هناك فكذلك هنا. والجامع بينهما أن السرقة فيه تمت على عين غير مملوكة للسارق، ولكن ورد عليه سبب الملك .

ولهما أن الاخذ وضع سبباً للضمان لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث الشبهة. كنفس الاخذ، وكما إذا سرق البائع معيباً باعه، بخلاف ما ذكر، لان البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب،

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد (أن الأخذ) أي هذا الأخذ (وضع سبباً للضمان لا للملك) يعني لا نسلم أن له فيه سبب الملك، لأن الأخذ المعروف ليس بموضع له، وإنما هو موضوع سبباً للضمان، فكان له سبب الضمان، لأن سبب الملك (وإنما الملك سبب له ضرورة، [1] أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد) وهما البدل والمبدل (ومثله) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب للضمان (لا يورث الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فإنه يحتمل أن يصير سبباً بعد الضمان، ومع هذا فلم يعتبر شبهة.

(وكما إذا سرق البائع معيباً باعه) ولم يعلم المشتري بالعيب، فانه يقطع وأن العقد سبب الرد وهو العيب، فكذلك ها هنا يقطع وان - العقد - القطع سبب انضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أبو يوسف، وهو قوله والمشتري إذا سرق بيعاً فيه الخيار للبائع، لأن سبب الملك فيه موجود (لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف) أي الذي بين أبي يوسف وصاحبيه (فيما كان اختار) أي الملك (يضمن النقصان وأخذ الثوب) لا يقال الأصل عندكم أن القطع والنقصان لا يجتمعان، فاذا اختار يضمن النقصان كيف يمكن من القطع، لأن القول ضمان النقصان وحيث بجناية آخر قبل الإحتياج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين فلحرق أحدهما في البيت وأخرج الأخرى قيمة أحدهما نصاب.

---

(١) هكذا في الأصل، وهو غير ما ورد في المتن، اهـ مصححه.

فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالإتفاق ، لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الاخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة ، وهـــذا كله إذا كان النقصان فاحشاً ، فإن كان يسيراً يقطع بالإتفـــاق لانعدام سبب الملك ، إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة ، وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع ، لان السرقة تمت على اللحم ، ولا قطع فيه . ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع

وأورده على هذا الجواب الإستهلاك على ظاهر الرواية ، فان فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان ، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطـــع لا يضمن النقصان . والجواب أن القطع الباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك ، فان القطع كان لأجله لا لشيء آخر.

(فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالإتفاق ، لأنه ملكاً مستنداً إلى وقت الأخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة) فانه إذا وهب له بعد تمام السرقـة يسقط القطع فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (فأورث شبهة)وهي دارئة الحـــد (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (إذا كان النقصان فاحشاً) والفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة وهو الصحيـح . وقال التمرتاشي روي في حـــد الإتلاف فانه لا يكون النقصان أكثر من نصف القيمـــة ، وقبل النقصان الفاحش أن ينقص بالحرق ربع القيمة فصاعداً وما دونه يسير . وقيل مـا لا يصح الباقي للثوب فهو فاحش والصلح يسير .

(وإن كان) أي النقصان (يسيراً يقطع بالإتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة) بل له تضمين قيمة النقصان .

(وإن سرق شاة فذبحها) في الحرز (ثم أخرجها لم يقطع) وإن كانت قيمة المذبوحة عشرة دراهم (لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) أي في اللحم .

(ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع) وهو صفة الذهب والفضة لأنها جملة فعلية

فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيـــه ، ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقـــالا لا سبيل للمسروق منه عليهما ، وأصله في الغصب ، فهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً له ، ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه ، وقيل على قولهما لا يجب ، لانه ملكه قبل القطع ، وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئـــاً آخر فلم يملك عينه ، فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يؤخذ منـــه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتباراً

وقعت صفة للنكرة . وجواب المسألة هو قوله قطع فيه ، أي ما بلـغ قيمة عشرة دراهم (فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة) أي القطع عنده ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وقالا) اي أبو يوسف ومحمد (لا سبيل إلى المسروق منـــه عليهما) أي على الدراهم والدنانير ، وفي نسخة شيخي عليها وهو الأحسن (وأصله) أي أصل الخلاف (في الغصب) أي هذه الصفة لا ينقطع بها حق المالك عنده خلافاً لهما ، فكذا في السرقة (فهذه صفـة متقومة عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (خلافاً له) أي لأبي حنيفة (ثم وجوب الحد لا يشكل عليه على قوله ، لأنه) أي لأن السارق (لم يملكه) أي المسروق (وقيـل على قولهما لا يجب ، لأنه ملكه قبل القطع ، ولانه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه) أي عين المسروق . وفي بعض النسخ عينهما ، أي عين الذهب والفضة ، وإنمـــا ملك شيئاً غيرهما ، فان الاعين تتبدل بالصفات وأصله حديث .

(وإن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن) أي قيمة الثوب (وهذا) أي عدم أخذ الثوب وعدم الضمان (عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى) أي السارق (ما زاد الصبغ فيه) أي في الثوب (اعتبـــاراً

بالغصب، والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً. ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى، حتى لو أراد أخذه مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى، ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك، فرجحنا جانب السارق، بخلاف الغصب، لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه، فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا،

وإن صبغه أسود أخذ

بالغصب) أي قياساً عليه (والجامع بينهما) المقيس والمقيس عليه (كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً) وبه قالت الثلاثة.

(ولهما) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر، وأما معنى فمن حيث القيمة (حتى لو أراد) أي المالك (أخذه) أي أخذ الثوب حال كونه (مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى، لانه غير مضمون على السارق بالهلاك والإستهلاك، فرجحنا جانب السارق) لان مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى أولى من مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى، فرجحنا قول السارق أولاً بالوجود كالموهوب له إذا صبغ الثوب أحمر القطع حق الواهب.

(بخلاف الغصب، لان حق كله واحد) من المالك والغاصب (قائم صورة ومعنى فاستويا) أي فاستويا المالك والغاصب (من هذا الوجه) أي من حيث أن حق كل منهما قائم صورة ومعنى فلم يكن الترجيح بالوجوب فرجحنا بالبقاء، وهو أن الثوب أصل قائم، والصبغ تابع، وهو معنى قوله فلم يكن الترجيح بالوجود (فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا) إشارة إلى قوله والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائماً، وكون الصبغ تابعاً.

(ولو صبغه أسود) أي ولو صبغ السارق الثوب صبغاً أسود فقطع (أخذ) أي

منـــه في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وعند أبي يوسف « رح » هـــذا والاول سواء ، لأن السواد زيادة عنده كالحمرة . وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك ، وعنـد أبي حنيفة « رح » السواد نقصان فلا يوجب انقطـاع حق المالك

الثوب (منه) أي من السارق (في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفـة ومحمد ، وعند أبي يوسف هذا والاول سواء) أى أن الحكم في الصبغ الاسود والاحمـــر سواء عنده (لان السواد زيادة عنده كالحمرة) فلا يؤخذ هـــذا الثوب من السارق (وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ، ولكنه لا يقطع حق المالك لما مر) أن الصبغ تابع (وعند أبي حنيفـة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) فلم يكن حق السارق فيـه قائماً معنى فاستويا ، فرجح جانب المالك كما قلنا . قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، فان الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما .



باب قطع الطريق

(باب قطع الطريق)

أي هذا باب في بيان حكم قطع الطريق ودم السرقـــة الصغرى على الكبرى ، لأن السرقة تكون من الأصغر إلى الأكبر ، ولأن الصغرى أكثر نوعاً من الأكبر يكون قطـع سرقة ، فلأن قطع الطريق بأخذ المال خفية من عين الإمام الذي على حفظ الطريق والمارة بشر كته ومنعه ، وأما كونه الكبرى فلأن ضرره يعم عامة المسلمين من حيث يقطـــع عليهم الطريق بزوال الأمن ، ولأن موجبه اغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ، ومن حيث القتل والصلب .

واعلم أن لقطع الطريق شرائط :

الأول أن يكون لهم شوكة وقوة بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم وقطعوا الطريق ، سواء كانت بالسلاح أو بالعصا الكبيرة أو الحجر وغيرها .

الثاني : أن يكون خارج المصر بعيداً عنه ، وفي شرح الطحاوي أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر . وعن أبي يوسف لو كان أقل من سفر فحكمه حكم مسيرة سفر ، أما في المصر أو في قرية أو بين قريتين لا يكون قطع الطريق خلافـاً لأبي يوسف والشافعي ومالك . وأحمد توقف في ذلك . وفي الحلية عن مالك في المصر روايتان .

والثالث : أن يكون في دار الإسلام .

والرابع : أن يكون المأخوذ قدر النصاب ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر لا يعتبر النصاب لعموم الآية. ولنا قوله عليه السلام لا قطع في أقـــل من عشرة دراهم أو ربع دينار ولم يفصل .

الخامس : أن يكون القطاع كلهم أجانب في حق أصحاب الأموال حتى إذا كان فيهم ذا رحم محرم أو صبيا أو مجنونا لا يجب عليهم القطع خلافـــا لأبي يوسف . والثالثة إذا

قال وإذا خرج جماعة ممتنعين أو خرج واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة. وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما تبلغ قيمة ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف،

كانت فيهم امرأة ففيه روايتان في رواية يقطع ، وبه قالت الثلاثة . والأصح أنها لا قطع والسادس : من إذا أخذوا قبل التوبة ، حتى إذا أخذوا بعد التوبة ورد المال سقط عنهم الحد لا خلاف فيه ، ولكن يسقط القصاص وضمان المال القائم والهالك .

(وإذا خرج جماعة) هذا لفظ القدوري إلى قوله قتلهم حداً، وأطلق اسم الجماعة لتناول المسلم والذمي والحر والعبد ، وقوله (ممتنعين) نصب على الحال من الجماعة ، والمعنى خرجوا عن طاعة الإمام حال كونهم ممتنعين ، والمراد من الامتناع أن يكون لا بحيث يمكن لهم أن يدفعوا عن أنفسم بقوتهم وشجاعتهم تعرض الغير (أو خرج واحد يقدر على الامتناع) بنفسه وقوله (فقصدوا قطع الطريق) على المارة والمسافرين (وأخذوا) على صيغة المجهول ، يعني أخذهم الإمام (قبل أن يأخذوا) أي قطاع الطريق (مالاً ويقتلوا نفساً) أي وقتل أي يقتلوا نفساً من المارة (حبسهم الإمام) جواب قوله وإذا خرج ، وهذه حالتهم الأولى ، فإن فيها حبسهم الإمام (حتى يحدثوا توبة) وهو المراد بالنفي المذكور في قوله ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ ٣٣ المائدة ، وهو قوله ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... الآية ، على ما يجيء عن قريب إن شاء الله تعالى .

(وإن أخذوا مال مسلم) هذه حالتهم الثانية (أو ذمي) أي أو مال ذمي (والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً) أي أكثر من عشرة ، وانتصابه على الحال فيهم من لم يدل على الاعراب (أو ما تبلغ قيمته ذلك) أي أو أخذوا شيئاً من المتاع يبلغ قيمته عشرة دراهم . وقال الحسن بن زياد عشرون ، لأنه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشرط النصاب (بأن قطع الإمام) جواب قوله وإن أخذوا مال مسلم (أيديهم وأرجلهم من خلاف) يقطع اليمين من الأيدي واليسار من الأرجل .

وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حـــداً ، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... ٣٣ المائدة،والمراد منه والله أعلم التوزيـع على الأحوال

(فإن قتلوا) هذه حالاتهم الثلاثة (ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حداً) أي قتلهم الإمام من حيث الحد لا قصاصاً ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لم يلتفت إلى عفوهم وذلك لأن الحـد حق الله تعالى . ولو آثر العفو العبد في حقه تعالى وليس للإمام أيضاً أن يعفو بما روي عن النبي ﷺ تعافوا الحدود فيما بينكم ، فإذا رفعت إلى الامام فــلا عفى الله عنه إن عفى. ذكر الأترازي هذا الحديث ولم ينسبه إلى أحد من الصحابة ولا إلى مخرج معتبر .

(والأصل فيه) أي في حد قطاع الطريق (قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... الآية ٣٣ المائدة) أي إلى آخر الآية (والمراد منه والله أعلم التوزيــع) أي من قول الله تعالى لهذا التوزيع (على الأحوال) أي التقسيم على الأحوال المحاربين ، وأشار هذا إلى أن كلمة أو في الأئمة للتفصيل أو للتقسيم على اختلاف الجناية لا للتخير كما قال مالك ، فإنه قال الامام إذا رأى القاطع جلد اذا رأى قطعــه ، وإن كان جلد إذا رأى له قطعه ، والأكثر على أن أو للتوزيـع [1] ، وبه قال الشافعي والليث واسحـاق وحماد وقتادة وأبو مجلد لاحق بن حميد وأصحاب أحمد ، ومثل هــذا إذا روي عن ابن عباس . وقال سعيد بن المسيب وعطــاء ومجاهد والحسن البصرى والضحاك وابراهيم النخعي وأبو ثور وداود الامام مخير فيه لظاهر النص .

وعن ابن عباس رضي الله عنه ما كان في القرآن أو فصاحته بالخيار ، وقوله يحاربون الله ، والمراد من محاربة الله محاربة أوليائهم وهم المؤمنين على حذف مضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أو لما كانوا مخالفين أمر الله تعالى ساعين في الأرض بالفساد وكأنهم محاربـين الله تعالى فأطلق اسم المحاربة لله تعالى اتباعاً ، وقد ذكرنا أن هذه الآية نزلت في قطـاع الطريق . وقيل نزلت في العرنيين ولم يصح ، لأن النبي ﷺ سمل أعينهم وليس في هؤلاء

---

(١) هذا الكلام في الأصل ، وربما هنا كلام ساقط . اهـ مصححه .

وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة ، والرابعة نذكرهـــا إن شاء الله تعالى . ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال ، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها ، أما الحبس في الأولى فلأنه هو المراد

ذلك . وقيل في المرتدين فلم يصح أيضاً ، لأن الآية ناطقة بالقتل عند المحاربة والسعي في الأرض بالفساد ، وليس شرط ذلك في المرتد ، ولأن القتل سقط عنهم بالنص بالتوبه قبل القدرة عليهم ، ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقاً .

(وهي) أى الأحوال (أربعة هذه الثلاثة المذكورة) وعلمت من قبل (ورابعة)أى حالة رابعة (نذكرها) أى عن أبي يوسف ، وهو قوله والرابعة إذا قتلوا... إلىآخره. والأحوال أربعة والأجرية كذلك ، وكذا هذا في الكافي . وذكر التمرتاشي والأحوال خمس تخويف لا غير ، وهنا عن ... أدنى التقرير وحبسوا حتى يتوبوا .

والثانية : أخذ المال فهنا إذا تابوا قبل الأخذ سقط الحد وضمن المال قائمـاً هالكاً . ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وردوا المال قائـــم ولم يضمن الهالك عندنا ، خلافاً للثلاثة .

والثالث : خرجوا لا غير ، وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص ، والامر شيء فيما لا يجري . والاستيفاء إلى صاحب الحق .

والرابعة : أخذوا المال وخرجوا يقطع من خلاف وبطل حـــكم الجراحات عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة .

والخامسة : أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحد منهم رجلاً بسلاح أو غيره، والامام مخير على ما ذكره في المتن .

(ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أى على حسب الأحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق يغلظ الحكم) أى الجزاء بتغلظها أى بتغلظ الجناية لا بالتخيير ، لأنـــه مستلزم مقابلة الجناية الغليظة جزاء خفيف أو بالعكس ، وهو خلاف مقتضى الحكمة .

(أما الحبس في الأولى) أى في الحالة الأولى (فلأنه) أى فلأن الحبس (هـــو المراد

بالنفي المذكور ، لأنــــه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها ويغررون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافـــة ، وشرط القدرة على الإمتناع ، لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة . والحالة الثانية كما بيناهـــا

بالنفي المذكور في الآية ، لانه) أي لان الحبس (نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عـن أهلها) وعند الشافعي ينفى من بلد إلى بلد لا يزال يطلب ، وهو هارب فزعـــاً. وقال النخعي وقتادة وعطاء وأحمد النفي تشريدهم عن الأمصار ، لان النفي مستعمل في الطرد والإبعاد . ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري . وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنـــه ينفى من بلده إلى بلد غيره ، وبه قالت طائفة من أهل العلم ، وما قلناه أولى،لان تشريدهم بدون الحبس اخراج لهم إلى مكان يقطعون الطريق ويؤذون الناس. وظاهر الآية تدل على أن النفي من وجه الارض ولا يمكن أن ينفى من جميع وجه الارض،لان هذا لا يتحقق ما دام حياً ، والمراد عن بعضها وهو بلده ، وبه يحصل المقصود ، وهو رفع أذاه عن الناس وإن كان في دار الإسلام إلى دار الحرب ففيه تعريضه على الردة وصيرورته حرمياً ، فعلم أن المراد نفيه عن جميع وجه الارض لدفع شره ، ولا يمكن هذاإلا بالحبس ، لان المجوسي يسمى خارجاً من الدنيا . وقال صالح بن عبد القدوس خرجنا عن الدنيا ونحن من أهلنا فلا يستأمن الأحياء فيها ولا الموتى إذا خاننا السجان يوماً لحيلة عجبنا وقلنا جار هذا من الدنيا . (ويغررون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافة) الإخافةمصدر منأخاف يخيف إخافة وقالأبو بكر لا حد فيه،فيجب في مثله الحبس والتعزير .

(وشرط القدرة على الامتناع) أي شرط القدوري قدرة قطاع الطريق على كونهم ممتنعين (لان المحاربة لا تتحق إلا بالمنعة) لانه إذا لم يكن لهم منفعة وقوة على قطـــع الطريق لا يسمون قطـــاع الطريق ، بل لهم لصوص دائرون يترقبون الغفلة عن الناس ليأخذوا أشياء .

(والحالة الثانية كما بيناها) أي كما بينا حكماً من قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف

لمـــا تلونا ، وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ، ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع ، وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستبـــاح طرقه إلا بتناوله ما له خطر، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة .

(لما تلوناه) وهي الآية المذكورة (وشرط) أي القدوري (أن يكون المأخوذ مال المسلم أو الذمي لتكون العصمة مؤبدة) وليس تأبيد العصمة إلا في مال المسلم أو الذمي (ولهذا) أي ويكون الشرط في المال المأخوذ أن يكون من المسلم أو الذمي (لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع) لان ماله غير معصوم على وجه التأبيد (وشرط) أي القدوري (كمال النصاب في حق كل واحد) وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك «رح» يشترط النصاب كمـا يشترط الحرز ، وبه قال ابن المنذر وأبو ثور . وعن الشافعي «رح» فيقول كقول مالك . وفي شرح الوجيز والمذهب هـــو الاول (كيلا يستباح طرقه) أي طرق قاطع الطريق (إلا بتناوله ما له خطر) أي قدروا قيمته .

(والمراد) أي من قوله تعالى ﴿ أن تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ﴾ ٣٣ المائـدة (قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى) ولا خلاف لاهل العلم فيه ، ولان هذه الجنايـــة لفحاشتها صارت كالسرقتين ، والحكم في السرقتين هكذا .

فإن قيل ينبغي أن يكون نصاب كل واحد عشرين ،لانه كالسرقتين . قلنا تغلظ هذا الحد باعتبار تغلظ فعلهم محاربة لله ورسوله لا بكثرة المال .

(كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة) ولهذا إذا كانت يده اليمنى شلاء أو مقطوعة لا تقطع يده اليسرى ، لأن فيه تفويت جنس المنفعة ، وبه قال أحمد في روايـة . وقال الشافعي في اليد الشل في قطعها روايتان كما في السارق ، ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى ، ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يـــده اليمنى فقط ، ولا خلاف فيه .

والحالة الثالثة كما بيناها لمـــا تلوناه ، ويقتلون حداً ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لأنـــه حق الشرع .

والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شـــاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وقتلهم أو صلبهم وإن شاء قتلهم وإن شاء صلبهم ، وقال محمد « رح » يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين ، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم . ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها ، وهو تفويت الأمن على التنـــاهي

(والحالة الثالثة كما بيناها) بقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً (لما تلونا) الآية الكريمة (ويقتلون حداً) العين في هذه الحالة يقتل قطاع الطرق من حيث الحـــد (حتى لو عفى الاولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لانه حق الشرع) أى لان الحد حق الشرع فلا يدخل عفو ، وعليه جميع أهل العلم .

(والرابعة) أى الحالة الرابعة (إذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم أوصلبهم وإن شاء قتلهم) يعني من غير قطع ، وإن شاء صلبهم . وفي جامع البزدوي إن شاء صلبهم وإن شاء قتلهم من غير قطع (وإن شاء صلبهم) وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال أحمد في رواية ، وهـــو قول زفر . وقال أبو يوسف لا بد من الصلب .

(وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لانه) أى لان قطع الطريق (جناية واحدة) وهي قطع الطريق (فلا توجب حدين ،ولان ما دون النفيس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم) فإن السارق إذا زنى فهو محصن فإنه يرجم لا غير ، لان القتل يأتي على ذلك كله ، وفي عامة الرواية من المباسط وشروح الجامع أبو يوسف مع محمد .

(ولهما) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف (أن هذه عقوبة واحدة) من حيث أنها قطع الطريق لكنها (تغلظت لتغليظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي) أي على النهايـــة

بالقتل وأخذ المال ، ولهذا كان قطع اليد والرجل معاً في الكبرى حداً واحداً ، وإن كانا في الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود لا في حد واحد. ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف «رح» أنه لا يترك ، لأنه منصوص عليه ، والمقصود التشهير ليعتبر به غيره . ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيتخير فيه ، ثم قال ويصلب حياً ويبعج بطنه

(بالقتل ، وأخذ المال ، ولهذا) أي لكونها عقوبة واحدة (كان قطع اليد والرجل معاً في الكبرى)أي في السرقة الكبرى ، وهي قطع الطريق (حداً واحداً ، وإن كانا في الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود) إنما يكون في الحدود (لا في حد واحد) وهو القطع والقتل حد واحد فلا يتداخلان .

فإن قلت لو كانا حداً واحداً لم يجز للقاضي أن يقصر على القتل . قلت إنما جاز ذلك لان الترتيب ليس بواجب على ما بين القطع والقتل ، فإذا ابتدأ بالقتل سقط القطع لعدم فائدته كالزاني إذا ضرب خمسين جلدة فمات ترك ما بقي ، لانه لا فائدة في إتمامه .

(ثم ذكر) أي القدوري (في الكتب) أي في مختصره (التخيير بين الصلب وتركه) وهو قوله وإن شاء قتلهم ، وإن شاء صلبهم وهو ظاهر الرواية .

(وعن أبي يوسف أنه) أي الامام (لا يتركه) أي لا يترك الصلب (لانه) أي لان الصلب (منصوص عليه) وهو قوله تعالى ﴿أو يصلبوا﴾ ٣٣ المائدة (والمقصود التشهير) ليعتبر به غيره) وبه قال الشافعي وأحمد «رح» .

(ونحن نقول أصل التشهير بالقتل) أي يحصل بالقتل (والمبالغة في الصلب فيتخير فيه) أي فخير الامام في الصلب (ثم قال) أي القدوري (ويصلب حياً) أي يصلب قاطع الطريق حال كونه حياً (ويبعج بطنه) أي تشق من باب فعل يفعل بالفتح فيهما ،

ويرمــــح إلى أن يموت ، ومثله عن الكرخي « رح » ، وعن الطحاوي « رح » أنه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة . وجــــه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به. قال ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها فيتأذى النـاس به ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يترك على خشبة حتى ينقطع ويسقط

يقال بعج الارض أى شقهـــا ، ومنها قول القدوري حكى السرخسي عن ابي يوسف وروى عن ابي يوسف أنه قال يصلب وهــو حي (ويطعن) في لبته (حتى يموت) [1] ومرة قال تحت ثديه الأيسر ويخضخض حتى يموت ، كذا ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير برمح متعلق بقوله ويبعج وتلازم المجمع إلى أن يموت (ومثله عن الكرخي) أي ومثل ما روي عن أبي يوسف وروي عن الشيخ أبي الحسن الكرخي (وعن الطحــاوي أنه يقتل ثم يصلب توقيـــاً عن المثلة) أي احترازاً عنها ، لأن النبي ﷺ نهى عن المثلة ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» .

(ووجه الأول) أراد به يصلب حياً (وهو الأصح) أي الأول هــو الأصح (أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) أي الزجر به (وهو المقصود به) أي بالصلب (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها) أي بعد ثلاثة أيام (فيتأذى الناس به)وبه قال الشافعي في الأصح . وعن أحمد أنه لم يوقت في الصلب ، وقال أصحابه الصحيح أنـــه يوقت بما يحصل به التشهير والتوقيت بثلاثة أيام بغير دليل ذكـــره ابن قدامـــة في المغني وليس كذلك ، فإن التشهير لا يحصل بالزمان القليل عادة ، فمره بالثلاث كما في مــــدة الخيار ومهلة المزبة وغيرهما .

(وعن أبي يوسف أنه) أي أن المصلوب (يترك على الخشبة حتى ينقطع فيسقـــط

---

(١) هذا غير ما وجد في المتن ، وربما هو في نسخة أخرى ، اه مصححه.

ليعتبر به غيره . قلنا حصل الإعتبار بما ذكرناه ، والنهايـــة غير مطلوبة . قال وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى ، وقد بيناه . فإن باشر القتل أحدهم أجري الحد عليهم بأجمعهم ، لأنه جزاء المحاربة ، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض ، حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم ، وإنما الشرط القتل من واحد منهم

ليعتبر به غيره) وبه قال الشافعي في وجه (قلنا حصل الاعتبار بمــا ذكرناه) أي بالصلب ثلاثة أيام (والنهاية غير مطلوبة) لأن المقصود نفي الزجر (وإذا قتل فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى) لأن الحد لما أقيم سقط عصمة المـال كما في السرقة (وقد بيناه) أي الضمان مع الخلاف في السرقة الصغرى .

(وإن باشر القتل أحدهم) أي أحد قطاع الطريق (أجري الحد عليهم باجمعهم)وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي يحد المباشر لاالرده ، ولأنه جرى الفصل كحد الزنا فلا يجب على غير المباشر . قلنا يجب على الكل (لأنه جزاء المحاربة ، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً) أي عوناً (للبعض حتى لو زلت أقدامهم انحازوا إليهـــم) أي انضموا إليهم ، ولم ترد الشراح هنا شيئاً على قولهم انضموا إليهم . فقوله إذا زلت أقدامهم كناية عن أقدامهم ، والضمير فيه وفي قوله إليهم راجـع إلى المحاربين الذين يباشرون القتال ، يدل عليه قوله جزاء المحاربة . والضمير في قوله انحازوا يرجـــع إلى الردء ، لأن الردء يستوي فيه الواحد والجمع . وحاصل المعنى إذ أن أمر المحاربين إلى – الانزام سمار الرد إليهم معسونهم وسفرونهم ؟–فكذلك يشركون مع الغانمين في الغنيمة .

(وإنما الشرط القتل من واحد منهم) لأن يمكنه من القتل حصل بالكل فيقتلون جميعاً، ولفظ الأصل ومن باشر ولم يباشر في الحكم سواء ، وذلك لأن تمكين القتل حصل باليد ، والقتل حد قطاع الطريق إذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعاً ، وهذه لأن قوله وجب حداً عليهم لا قصاصاً فلم يعتبر المساواة ، فصار من قتل ومن لم يقتل سواء .

وقد تحقق . قـــال والقتل وإن كان بعضاً أو بحجر أو بسيف فهو سواء ، لأنه يقطع قطعاً للطريق يقطـع المـــارة ، وإن لم يقتل القاطـع ولم يأخـــذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيـه القصاص وأخذ الإرش منه مما فيه الإرش ، وذلك إلى الأولياء ، لأنه لا حد في هذه الجناية ، فظهر حق العبد وهو مـــا ذكرناه فيستوفيه الولي وإن أخذ مالاً ثم خرج قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات ،لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس حقاً للعبد،

(والقتل) أي قتل قطاع الطريق (إن كان بعصى أو بحجر أو بسيف فهو سواء ،لأنه يقع قطعاً للطريق بقتل المارة) يعني بأي شيء قتل قاطع الطريق ،قيل لأنه حد لا قصاص فلا يقتضي المساواة ، ولهذا يقتل غير المباشر .

(وإن لم يقتل القاطع) أي قاطع الطريق (ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه مـما فيه القصاص وأخذ الإرش منه فيما الإرش ، وذلك) أي استيفاء القصاص وأخـذ الإرش (إلى الأولياء لأنه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد) أي في النفس والمال (وهـو ماذكرناه) أي حق العبد القصاص والإرش (فيستوفيه الولى) أي يستوفي القصاص الولي فيما مستطاع منه القصاص ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، كما إذا قطعوا اليسار أو الذكر لا قصاص فيه في الظاهر يؤخذ الإرش ، خلافاً لابي حنيفة فيما إذا قطع من الأصل، وفي الحقيقة والحشفة قصاص اتفاقاً ، لأن موضع القطع معلوم ، إلا إذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص ، وكذا إذا ضربوا العين وقطعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الإرش ، إلا إذا كانت العين قائمة فذهب بها ففيه القصاص لا بمكان المماثلة ، كذلك لا قصاص في عظم إلا في السن إلا إذا اسودت أو احمرت أو اخضرت فحينئذ يجب الإرش .

(وإن أخذ مالاً ثم خرج قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات) لأن الحد والضمان لا يجتمعان عندنا (لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى سقطت عصمة النفس حقاً للعبد ،

كما يسقط عصمة المال ، وإن أخذ بعدما تاب وقد قتل عمداً فإن شاء الأولياء قتلوه، وإن شاءوا عفوا عنه، لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ، ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال ، حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك

كما يسقط عصمة المال) وعند الأئمة الثلاثة لا يبطل عصمة النفس والمال ، لأن القطع مع الضمان يجتمعان عندهم (وإن أخذ) أي قاطع الطريق (بعدما تاب وقد قتل) أي والحال أنه قد قتل عمداً بحديدة (فإن شاء الأولياء قتلوه ، وإن شاءوا عفوا عنه ، لأن الحد في هذه الجناية لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص) وهو قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا من بعد أن تقدروا عليهم ﴾ ٣٤ المائدة ، فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد فيه بلا خلاف .

واعترض بأن قوله ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ هاهنا نظيره في قوله ﴿ اولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا ﴾ ، فكيف يكون سياق قولهم ﴿ ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ إذ كل منها جملتان كاملتان عطفنا على جملتين كاملتين . وأجيب بأن قوله ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ لا يصلح ، بخلاف قوله ﴿ ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ .

(ولأن التوبة تتوقف على رد المال) يعني مما إذا أخذ المال، لأن الظالم إذا غصب مال أحد لا يكون تائباً وإن تاب ألف مرة بلسانه ما لم يرد المال ، لأن تلك العصبة لا ترتفع إلا برد المال ، فلما رد المال قبل الأخذ بطل عنه الحد كالسارق إذا أدى المال قبل الترافع (ولا قطع في مثله) لانقطاع الخصومة وهي شرط فيه (فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك) وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب المال ، إذ لا يقام الحد

إلا بخصومة صاحب المال وقد انقطعت خصومته برد المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الإمام ، فيسقط الحد .

أما إذا تابوا أو لم يردوا المال لم يذكره في الكتب نصاً ، فقد اختلف المتأخرون فيه قيل لا يسقط الحد ، فإنه على سائر الحدود ، فإنها لا تسقط بنفس التوبة . وقيل يسقط وإليه أشار محمد في الأصل أن الحد يسقط في السرقة الكبرى ،الاستثناء في النص والاستثناء في غيره وسائر الحدود القذف لا يسقط بالتوبة عندنا ومالك وأحمد في رواية وللشافعي في قول . وقال أحمد في رواية الشافعي في قول يسقط لقوله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ ١٦ النساء . وقال في حد السرقة ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه أو أصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ ٣٩ التوبة ، ولأنه حق الله فيسقط بالتوبة كحد المحارب . قلنا قوله ﴿ فاجلدوا ﴾ ﴿ فاقطعوا ﴾ عام في الثابت وغيره ،والنبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي أتى بالسرقة وقد صاروا مايطلبون النظير وعلم النبي ﷺ توبتهم فأتاه الحد ، والآن الحد لغارة فلم يسقط بالتوبة لكفارة اليمين والقتل ، لأنه يقدر عليه كل أحد بعد باب الحد .

فأما الآية فمنسوخة، هو كان في بدء الإسلام ، والآية الثانية تدل على أن الحد لم يصر مستحقاً للمتوه ، وأما حد القطاع فيسقط بالنص ولم يجىء نص في غيره .

وقال الأترازي فإن قلت اليسر رفض قول صاحب الهداية لا بالتوبة تتوقف على رد المال مع قوله ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك ، لأنه إذا رد المال كيف يهلك في يده . قلت يمكن أن يهلك البعض معزور البعض ، ورد البعض علامة صحة ثبوته ، فإذا هلك الباقي قبل التمكن منه، أو استهلكه بعد وجود علامة صحة ثبوته يكون ذلك شبهة في سقوط الحد ، فيجب المال . وقال الأكمل هذا إنما يتم لولا سبب التوبة متوقفة على رد جميع المال فلا يتم ، ويجوز أن يقال هذا الموضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ .

وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليـــه سقط الحد عن الباقين ، فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر « رح » . وعن أبي يوسف « رح » أنه لو باشر العقلاء يحـــد الباقون ،وعليه هذا السرقة الصغرى . له أن المباشر أصل والردء تابع، ولا خلل في مباشر العاقل ، ولا اعتبار بالخلل في التبع، وفي عكسه ينعكس

(وإن كان في القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد على الباقين) هذه مسألة القدوري في مختصره ، إلا أن لفظه وإن كان فيهم صبي، وهذا الذي ذكره القدوري ظاهر الرواية عن أصحابنا . وقال المصنف (فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر . وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون) أي من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء الباقين . وقال الأترازي والعجب من صاحب الهداية أنـه قال وعن أبي يوسف بعد أن قال والمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر «رح ». وكان القياس أن يقول أبو يوسف ولم يذكر قول محمد وقوله مع أبي حنيفة . وقد صرح الشيخ أبو نصر بذلك انتهى .

قلت لعجبه عجب،لأن القدوري ذكر في شرحه لمختصر الكرخي وعند أبي يوسف . وذكر البيهقي في كفاية بلفظه عن أبي يوسف ، ويحتمل أن يكون قول أبي يوسف رواية عنه بعد أن كان مع أبي حنيفة .

(وعليه هذا السرقة الصغرى) أي وعليه هذا الخلاف حكم السرقة الصغرى إن ولي الصبي أو المجنون إخراج المتاع ، وإن ولى غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون .

(له) أي لأبي يوسف «رح» (المباشر أصل ، والردء تابع) أي المبـــاشر أصل في الفعل ، والردء أي المعين تابع (ولا خلل في مباشرة العاقل المكلف ، ولا اعتبار بالخلل في التبع) وهو الصبي أو المجنون لعدم القصد الصحيح منهما ، وسقوط الحـــد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس

المعنى والحكم . ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة ، وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطىء مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم ، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه ، فالإمتناع

المعنى والحكم) الحكم هو أن لا يجب على الباقين ، والمعنى هو العلة وهي أن سقوطه عن الحد يوجب السقوط من التبع .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» (أنه) أي أن قطع الطريق (جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم تقع فعل بعضهم موجباً) لكان الشبهة (كان فعل الباقين بعض العلة ، وبه) أي وبعض العلة (لا يثبت الحكم ، فصار كالخاطىء مع العامد) كما إذا رمى رجل سهاماً إلى إنسان عمداً ورماه آخر خطأ فأصابه السهمان معاً ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لما أن الفعل واحد فيكون فعل المخطىء مورث شبهة في حق العامد .

(وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله) الذي قاله أبو بكر الرازي الداريسي رحمه الله فإنه قال تأويل المسألة (إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم) قاطع الطريق فهو رحم محرم لا يجب الحد باعتبار نصيب ذوي الرحم ، فيصير شبهة في نصيب الباقين ، فلا يجب الحد عليهم ، لأن المأخوذ شيء واحد ، فإذا امتنع في حق أحدهم سبب القرابة يمنع في حق الباقين، فأما إذا لم يكن المال مشتركاً بينهم فان لم يأخذ المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك ، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الأجنبي (والأصح أنه مطلق) أي محرز على إطلاقه ، وإنهم لا يحدون بكل حال ، لأن مال جميع العاقلة في حق القطاع شيء واحد ، لأنه محرز واحد وهو العاقلة (لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه) أشار به إلى قوله ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل (فالامتناع)

في حق البعض يوجب الإمتناع في حق الباقين ، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن ، لان الامتناع في حقـــه لخلل في العصمة وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز ، والقافلة حرز واحد ، وإذا سقط الحد صار القتل إلى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا عفوا . وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد، لان الحرز واحد، فصارت القافلة كدار واحدة .

ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة

بعد ، أي امتناع الحد (في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) لأن بعض العلة يترتب عليه الحكم .

(بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن) أي في العاقلة ، وهو جواب سؤال مقـــدر بأن يقال القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ، ثم وجود هــذا في العاقلة يسقط الحد ، فينبغي أن يسقط الحد وجود المستأمن أيضاً ، فأجاب عنـــه بقوله بخلاف المستأمن لوجوده في العاقلة (لأن الامتناع في حق) أي امتناع الحد في القطع على المستأمن (من وجه خلل في العصمة) أي في عصمة ماله وهو خاص به ، وهو معنى قوله (وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل الحرز) أي الخلل في العصمة يخص المستأمن(والقافلة حرز واحد) والشبهة تمكنت فيه .

(وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا) أشار بـه إلى قوله لأن الجناية واحدة (فان شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا عفوا) لأن الحق لهـم (وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد ، لأن الحرز واحد . فصارت القافلة كحرز واحدة) كما لو سرق من دار سكن السارق فيها ، فاذا لم يجب الحدوجب القصاص إن قتل عمداً ورد المال إن أخذه وهو قائم والضمان إن هلك أو استهلك.

(ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة) أي أو قطع الطريق بين

والحيرة فليس بقاطع الطريق استحساناً . وفي القياس يكون قاطع الطريق ، وهو قول الشافعي « رح » لوجوده حقيقة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث . وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع الطريق ، لان السلاح لا يلبث ، والغوث يبطيء بالليالي . ونحن نقول أن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب

الكوفة (والحيرة) وهي التي كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي أول منازل الكوفة . وقال تاج الشريعة الحيرة بكسر الحاء مدينة على رأس ميل من الكوفة (فليس بقاطع الطريق استحساناً ، وفي القياس يكون قاطعاً للطريق ، وهو قول الشافعي بوجوده حقيقة) أي بوجود القطع من حيث الحقيقة .

(وعن أبي يوسف أنه يجب إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه) أي بقرب المصر (لأنه لا يلحقه الغوث) وهو اسم من الإغاثة (وعنه) أى وعن أبي يوسف رواه القدوري (إن قاتلوا نهاراً) أي في المصر (بالسلاح أو السلامة) أي أو قاتلوا ليلا بالسلاح أو بالخشب (فهم قطاع) بضم القاف وتشديد الطاء جمع قاطع (لأن السلاح لا يلبث) من الالباب (والغوث يبطيء بالليالي) والعرب سمى بالليالي مستحق القطع ، وبه قال الشافعي . وقال أكثر أصحابنا يثبت المحاربة في أى موضع لا يلحقه الغوث ، وفي الحلية ذكر في الحاوى أن القوى التي فمل أهلها حكمها حكم الصحراء بتحقق المحاربة، وأما الأمصار الكبار فمن قصد نواحيها جهاراً فكذلك . وأما وسط المصر في المواضع التي يتكاثر الناس فيها في أسواقهم ودورهم إذا كسبوا سوقانها ونهبوها أو دوراً فنهبوها فيه وجهان أصحهما أن حكم المحاربين [1] .

(ونحن نقول أن قطع الطريق يكون بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب

---

(١) هكذا في الأصل ، وهنا نقص بيِّن ، اه مصححه .

منه، لان الظاهر لحوق الغوث إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية. ولو قتلوا فالامر فيه إلى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة «رح»، وهي مسألة القتل بالمثقل، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى. وإن خنق في المصر غير مرة قتل بـــه، لانه صار ساعياً في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل، والله أعلم.

منه) أي في المصر (لأن الظاهر لحوق الغوث، إلا أنهم يؤخذون برد المــال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية. ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء) قصاصاً أو صلحاً أو عفواً، لأنه ظهر حقهم حيث لم يجب الحد (لما بينا) أشار به إلى قوله بظهور حق العبد، والفتوى عليه، وقول أبي يوسف لمصلحة الناس، واختاره البقال من أصحاب الشافعي.

(ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة) لأنه يوجب القصاص بالمثقل، أشار إليه بقوله (وهو مسألة القتل بالمثقل، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى).

(وإن خنق) أي بمصر خنقه، ومصدره الخنق بكسر النون، ولا يقال بالسكون، كذا من الفار إلى (في المصر غير مرة) قال الأترازي خنق بالتشديد سماعاً وتخفيفاً، لأن التفعيل للشر. قلت التكثير استفيد من قوله غير مرة، فلا حاجة إلى التشديد (قتل به) أي بسبب الخنق (لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل) وفي الكافي ثقيل سماعه، لأنه ذو فتنة. وفي المحيط عشرون. قوله من الطريق وأخذن المــال قتلن وضمن المال وبه قالت الثلاثة. ولو كانت فيهم أمرأة قتلت وأخذت ولم يقتل الرجـــال تقتل دون المرأة عند أبي حنيفة. وعند الثلاثة تقتل المرأة أيضاً. وعند محمد يسقط الحد عن الرجال أيضاً. خرج قاطعاً للطريق على أن يسلب أمـــوال الناس فاستقبله الناس فقتلوه لا شيء عليهم. ولو قدم رجل من القطاع إلى موضع لا يقدمه على قطع الطريق ثم قتلوه كانت الدية عليهم (والله أعلم).

كتاب السير

السير جمع سيرة ، وهي الطريقـــة في الامور ، وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه .

(كتاب السير)

أي هذا كتاب في بيان أحكام السير (وهو جمع سيرة) على مايذكره المصنف رحمه الله (وهي الطريقة) سمي بهذا الكتاب لما فيه من بيان سيرة النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم والمسلمين ، ويقال السيرة فعله من السيرة ، وقد يراد بـــه السير الذي هو قطع المسافة ، وقد يراد به السير في المعاملات . وسميت المغازي سيراً لأن أول أمرها السير إلى العدو لأن المراد بها سير الإمام إلى العدو ، ومع الغزاة في المغز أصل السبق حالة السير ، إلا أنها غلبت شرعاً على أمور المغازي كالمناسك على أمور الحج ، والمغازي جمع الغزاة من غزوت العدو وقصدته للقتاله غزواً وغزوة وغزاه ومغزاة ، وسمي كتاب الجهاد أيضاً لما فيه من بيان المجاهدة مع الأعداء لإعزاز الدين وهدم قواعد المشركين . وفي التحفة الجهاد شرعاً هو الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من لا يقبله .

فإن قلت ما المناسبة بين الكتابين . قلت المناسبة بينهما في كون كل منهما إخلاء العالم عن المعاصي ، وقدم الحدود لأنها أدنى ، والترقي يكون من الأدنى إلى الأعلى. وقيل قدم الحدود لانها مقابلة مع المسلمين في الأغلب والجهاد مع المشركين فقدم ما يخص المسلمين . السير بكسر السين وفتح الياء جمع سيرة .

(في الامور) خيراً كانت أو شراً ، ومنه سيرة العمرين ، أي طريقتهما (وفي الشرع تختص بسير النبي ﷺ في مغازيه) وقد مر الكلام فيه .

قال الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين ، أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ ٣٦ التوبة ، ولقوله عليه السلام الجهاد ماض إلى يوم القيامة ،

(قال) أي القدوري (الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) إلى هنا كلام القدوري في مختصره ، ثم شرع المصنف رحمه الله يعبره بقوله (أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ ٣٦ التوبة) كان رسول الله ﷺ مأموراً في الابتداء بالصفح والإعراض عن المشركين ، قال الله تعالى ﴿فاصفح الصفح الجميل﴾ ٨٥ الحجر ، وقال ﴿ وأعرض عن المشركين﴾ ٩٤ الحجر ، ثم أمر بالدعاء وبالموعظة والمجادلة بالطريق الاحسن ، قال عز وجل ﴿ ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾ ١٢٥ النحل ، ثم الامر بالمجادلة إذا كانت البداية منهم ، فقال ﴿ أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا﴾ ٣٩ الحج، أي أذن لهم بالدفع . وقال ﴿ فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ ١٩١ البقرة ، ثم أمر بالبداية بالقتال ، قال الله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ ٥ التوبة ، وقال تعالى ﴿ فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون﴾ ١٢ التوبة ، وكقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله﴾ ١٩٣ البقرة ، ولقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القتال وهو كره لكم﴾ ٢١٦ البقرة ، معناه فرض عليكم لقوله ﴿كتب عليكم الصيام﴾ ١٨٣ البقرة،ولقوله تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل﴾ ٤١ التوبة .

(ولقوله عليه السلام) أي ولقول النبي ﷺ (الجهاد ماض إلى يوم القيامة) هذا الحديث أخرجه أبو داود مطولاً في سننه ،حدثنا سعيد بن منصور قال أبو معاوية حدثنا جعفر بن برقان عن زيد بن أبي شيبة عن أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاث من أصل الإيمان الكف عمن قال لا إله إلا الله ، ولا يكفره بذنب ولا يخرجه من الإسلام بعمل ، والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل . والإيمان بالأقدار . وقال المنذري في مختصره يزيد بن أبي شيبة في

وأراد به فرضاً باقياً ، وهو فرض على الكفاية ، لانه ما فرض لعينه ، إذ هو إفساد في نفسه، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد ، فإذا حصـــل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام ، فإن لم يقم به أحد أثم جميـع الناس بتركه ، لان الوجوب على الكل، ولان في اشتغال الكل به

معنى المجهول . وقال عبد الحق زيد بن أبي شيبة وهو رجل من بني سليم لم يرو عنــه إلا جعفر بن برقان .

(وأراد به فرضاً باقياً) هذا تفسير من المصنف لقوله ﷺ الجهاد فرض مـاض ، يعني فرض دائم إلى يوم القيامة (وهو فرض على الكفاية) أي الجهاد فرض كفايـــة . وقال أبو بكر الرازي في شرحه مختصر الطحاوي الجهاد عند أصحابنا فرض على الكفاية مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم وطلب علم الدين والقيام به وتعليمه . ويحكى عن ابن شبرمة والثوري أن الجهاد تطوع وليس بواجب ، انتهى . قلت كذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب ، قالا ما علمناه واجبـــاً ، وقالوا قوله تعالى ﴿ كتب عليكم القتال ﴾ الندب كمـــا في قوله ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ﴾ ١٨٠ البقرة ، وعند أكثر أهل العلم فرض على الكفاية إلا ابن المسيب ، فإنه قال فرض عين للعمومات في النصوص .

(لأنه) أي لأن الجهاد (إما فرض عين بعينه إذ هو افساد في نفسه) لأنــــه تعذيب عباداته وتخريب بلاده (وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد) وإليه الإشارة في قوله تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ﴾ ١٩٣ البقرة (فإذا حصل المقصود بالبعض) أي ببعض الناس ، والمقصود هو الذي ذكره من إعزاز دين الله ودفع الشر عن عباد الله (سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام) فإن البعض إذا قام بها سقط عن الباقين .

(وإن لم يقم به أحد) أي بهذا الفرض الذي هو سمي فرض كفاية (أثم جميع الناس بتركه ، لأن الوجوب على الكل) أي كل الناس (ولأن في اشتغال الكل به) وفي بعض

قطـــع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية إلا أن يكون النفير عاماً فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ ... الآية ٤١ التوبة . وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى

النسخ في اشتغال الكل به ، أي اشتغال كل الناس ، أي بالجهاد (قطع مادة الجهـاد من الكراع) والمراد به الخيل هاهنا ، والكراع كراع الشاة والبقر (والسلاح) أي وقطع مادة الجهاد بالسلاح ، فاذا انقطعت مادة الجهاد ينقطع الجهـاد ، فينبغي أن يقوم بعض الناس بالجهاد وبعض بتحصيل أسبابه من التجارة والزراعة والحرف التي يحصل بها آلات الجهاد ، فإذا كان الأمر كذلك (فيجب على الكفايـــة) حتى إذا قام به البعض سقط عن الباقين .

(إلا أن يكون النفير عاماً) استثناء من قوله فيجب على الكفاية ، أي يجب الجهاد على الكفاية إلا إذا كان النفير عامـاً بأن لا يندفع شر الكفار إذا هجموا ببعض المسلمين (فحينئذ يصير من فروض الأعيان) فيفترض على كل واحد،فيقاتل العبد بـــدون إذن سيده ، والمرأة بدون إذن الزوج (لقوله تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ ... الآية ٤١ التوبة) أي ركباناً ومشاة ، وشباناً وشيوخا ، ومهازيل وسمـانا ، وصحاحاً ومراضاً ، يقال نفر إلى العدو ونفر أو نفير أي خرج . وقيل خرابـــاً [١] ومتأهلين ، وقيل أغنياء وفقراء .

واعترض بأن الآية عامة فما وجه تخصيصه بالنفير العام ، فكيف خص به . وأجيب بأنها لو لم يختص بها لوقع الناس في حرج ، ولأنه عليه‌السلام كان يخرج مع كثير من أهل المدينة ولو كان فرض عين لم يدع أحداً منهم .

(وفي الجامع الصغير قال) أي محمد (الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعـة حتى

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد عزاباً ، اه مصححه .

يحتاج اليهم ، فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية، وآخره إلى النفير العام ، وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفرض على الكل. وقتال الكفار واجب وإن لم يبدؤوا للعمومات. ولا يجب الجهاد على الصبى، لان الصبي مظنة المرحمة ،

يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام) أي أول كلام محمد في آخر الكتاب في الجامع الصغير (على أن الجهاد يجب على الكفاية) وأراد بأول الكلام قوله الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعة ، وذلك لأنه قال إنهم في سعة ، يعني يسع لبعضهم تركه إذا حصلت الكفاية بالآخرين (وآخره) أي آخر كلامه أشار (إلى النفير العام) لأنه قال حتى يحتاج إليهم ، يعني إذا احتيج إليهم في النفير العام لا يكون لهم سعة من ترك الجهاد حينئذ (وهذا) إيضاح لما قبله من وجوب الجهاد على الكل عند النفير العام .

(لأن المقصود عند ذلك) أي عند النفير العام (لا يحصل إلا بإقامة الكل) أي كل الناس ، فإذا كان كذلك (فيفرض) أي الجهاد (على الكل) أي على كل الناس .

(وقتال الكفار واجب وإن لم يبدؤوا) يعني الكفار الذين امتنعوا عن قبول الإسلام وعن أداء الجزية يجب قتالهم وإن لم يبدؤونا بالقتال، وكذا يجوز قتالهم في الأشهر الحرم، وقال الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدؤونا لقوله تعالى ﴿ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ﴾ وقال عطاء لا يجوز في الأشهر الحرم (للعمومات) أي للعمومات الواردة في ذلك من الآية والأخبار لقوله تعالى ﴿ اقتلوا المشركين ﴾ وقوله ﴿ وقاتلوا ﴾ أي الكفار ، وقوله عليه السلام الجهاد ماض إلى يوم القيمة، وقوله عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله.

فإن قيل العمومات متعارضة فقوله تعالى ﴿ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ﴾ ١٩١ البقرة ، وهذا يدل على أن قتالهم إنما يجب إذا بدؤونا بالقتال كما قاله الثوري . وأجيب بأنه منسوخ بقوله ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴾ ٣٩ الأنفال ، وبقوله ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ ... الآية ٢٩ التوبة .

(ولا يجب الجهاد على الصبى، لأن الصبي) بكسر الصاد وفتح الباء (مظنة المرحمة)

ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ، ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم ، فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها ، والعبد بغير اذن المولى ، لانـــه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير ، لان بغيرهما مقنعاً فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج . ويكره الجعل ما دام للمسلـــين فيء

قال ابن الأثير المظنة بكسر الظاء موضع الشيء ومعدنه مفعلة من الظن بمعنى العلم ، وكان القياس فتح الظاء ، وإنما كسرت لأجل الهاء (ولا عبد) أي ولا يجب على عبـد (ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم) وهذا كله باجماع الأربعة . وقال صاحب الديوان المقعد الأعرج .

(فإن هجم العدو) من قولهم هجمت على القوم إذا دخلت عليهـــم ، وفي المغرب الهجوم الإتيان بغتة ، والدخول من غير أن (على بلد وجب على جميع الناس الدفـــع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد) أي يخرج العبد (بغير إذن المولى ، لأنه صار فرض عين) على جميع الناس (وملك اليمين) في العبد والجارية (ورق النكاح) في الزوجـة (لا يظهر في حق فروض الأعيان) وأراد بذلك أن الفروض المعينة مقدمة على حق السيد والزوج (كما في الصلاة والصوم الفرض) فإنها مقدمة على حقها .

(بخلاف ما قبل النفير ، لأن بغيرهما) أي بغير العبد والمرأة (مقنعاً)أي كفايـة ، وها هنا حق السيد والزوج لعدم الاحتياج إليهما (فلا ضرورة إلى إبطال حـــق المولى والزوج) بغير ضرورة .

(ويكره الجعل) بضم الجيم وسكون العين، وهو ما جعل من شيء للانسان على شيء يفعله، والمراد هنا ما أخرجه الإمام الغزاة على الناس فيما يحصل به التقوي الخروج إلى الحرب (ما دام للمسلمين فيء) اسم المال المصاب من الكفار بغير قتال كالخراج. والجزية والغنيمة

لانه يشبه الأجر ولا ضرورة إليه ، لان بيت المال معد لنوائب المسلمين ، فاذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضا ، لان فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى ، يؤيده أن النبي عليه السلام أخذ دروعاً من صفوان وعمر « رح » كان يغزى الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

ما يصاب منهم بالقتل ، يعني إذا كان في بيت المال ، لأن بيت المال ما يتقوى به الناس للخروج إلى الغزاة يعطيهم الإمام من ذلك المال ، لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين ، ويكره مع وجود ذلك الجعل الذي ذكرناه ، لأن فيه شبهة الأجرة ، وهو معنى قوله (لأنه يشبه الأجر) لان الجهاد حق الله تعالى ولا يجوز أخذ الأجرة عليه ، فاذا تمحض أجره كان حراماً ، وإذاأشبهها كان مكروهاً ، وهو إلى الحرام أقرب .

(ولا ضرورة إليه) أي إلى الجعل (لان بيت المال معد لنوائب المسلمين) والنوائب جمع نائبة ، وهي ما ينصب الإنسان أي يترك بـه من المهمات والحوادث وقدرنا بـه ينوبه نوباً .

(فاذا لم يكن) في بيت المال شيء (فلا بأس أن يقوي بعضهم بعضا ، لان فيه) أي فيما اذا قوى بعضهم بعضاً (دفع الضرر الأعلى) وهو شر الكفرة (بإلحاق الأدنى) إلى الضرر الأدنى ، ولمعنى دفع الضرر العام بالنص والخاص بحمل (يؤيده) أي يؤيد ذلك (أن النبي ﷺ أخذ دروعا من صفوان) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان عن أبيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه دروعاً يوم حنين ، فقال أغصباً يا محمد ، قال بل عارية مضمونة .

(وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد) هذا رواه ابن أبي شيبة وإسناده إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولفظه كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم ويعطيه المسافر ، وأخرجه ابن سعد في الطبقات ، ولفظه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ، ويغزي الفارس عن الفارس عن القاعد .

قوله غزا من الإغزاء ، يقـــال أغزى الامير الجيش إذا بعثه إلى العدو ، والاعزب الذي لا امرأة له ، ووقع في بعض النسخ الاعزب بالالف واللام ، ووقع في نسخة شيخنا الاعزب بدون الالف واللام ، وهي الصحيح . وقال في المغرب رجل عزب بالتحريـــك لا زوجة له ، ولا يقال أعزب . وقال ابن الاثير أيضاً يقال رجل عزب ولا يقال أعزب، وحليلة الرجل أمرأته . والشافعي اسم فاعل من شخص من مكان الى مـكان إذا صار في ارتفاع ، فإذا صار في حدود فهو حائط ، كذا قاله ابن دريد . وشخص الرجل ببصره إذا أحد النظر رافعاً طرفه إلى السماء ، ولا يكون الشاخص إلا كذلك، والمراد هنا الاول أعني الذي يذهب إلى المدد .



باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام ، فإن أجابوا كفوا عن قتالهم

(باب كيفية القتال)

أي هذا باب في بيان كيفية القتال . ولما فرغ من بيان فرضية القتال وشرائطه ، شرع في بيان كيفيته .

(وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً) يقال حاصروا العدو إذا حاط به وضيق عليه ، والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان إذا قام به ، فعلى هذا هي فعيلة . وقيل مفعلة من قولهم دنيت أي ملكت ولاية يقال لها مدينة ، ذكره في الجمرة . والحصن معروف . وقال الكاكي والحصن بالكسر كل مكان محمر محرز لا يتوصل إلى ما في جوفه ، فالمدينة أكبر من الحصن (دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام) هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا سفيان الثوري عن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً حتى دعاهم . ورواه الحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح الإسناد ورواه أحمد أيضاً في مسنده والطبراني في معجمه ،وفي هذا الباب أحاديث كثيرة عند أحمد عن ذرين بن سبلة ، وعن عبد الرزاق أيضاً،عن علي رضي الله عنه،وعند أحمد أيضاً عن سليمان رضي الله عنه .

(فإن أجابوا) أي فإن أجابوا إلى الإسلام (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا و كف

لحصول المقصود ، وقد قال ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... الحديث ، وإن امتنعوا ادعوهم إلى أداء الجزية،به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش،

جاء لازماً ومتعدياً ، فعلى الاول بفتح الكاف ، وعلى الثاني يضمها ويجوز الفتح أيضاً على معنى منعوا أنفسهم عن قتالهم (لحصول المقصود) وهو اعلاء كلمة الله تعالى واظهار الدين في بلاد الكفر . ثم أكد المصنف قوله كفوا عن قتالهم بقوله (وقد قال عليه السلام)أي وقد قال النبي ﷺ (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... الحديث) هذا الحديث رواه عن أبي هريرة أخرجه البخاري ومسلم عنه أن رسول الله ﷺ قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله .

وفي لفظ لمسلم حتى يشهد أن لا إله إلا الله ويؤمن بربي وما جئت به ، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله . وروي عن عمر أيضاً أخرجاه عنه أيضاً ، وروي عن جابر أيضاً أخرجه مسلم عن أبي الزبير عنه قال ، قال رسول الله ﷺ أمرت أن قاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... بلفظ حديث أبي هريرة ، وزاد ثم اقرأ ﴿ إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر ﴾ ٢١ الغاشية ، وحديث أبي هريرة الأول في قوم لا يوحدون الله عز وجل ، أما اليهود والنصارى فما لم يقروا برسالته عليه السلام بعد التوحيد ولم يبرأوا من دينهم فلا يحكم بإسلامهم ، لأنهم يقولون إن محمداً رسول الله إلى العرب دوننا ويدل عليه لفظ مسلم المذكور . قوله إلا بحقها، قوله وحسابهم على الله يعني فيما أسروا في قلوبهم .

(فإن امتنعوا) أي عن الإسلام (ادعوهم إلى أداء الجزية ، به) أي بالدعاء إلى الجزية (أمر رسول الله ﷺ أمراء الجيوش) هذا قطعة من حديث مطول أخرجه الجماعة إلا البخاري عن سليمان رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذ أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه بتقوى الله ... الحديث ، وفيه فاسألهم الجزية فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ... الحديث ، والجيش الجند يسيرون لحرب من جاشت القدر إذا غلت،قاله تاج الشريعة وأخذه من المغرب .

ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص ، وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعـــالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ ١٦ الفتح ، فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول ، وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه

(ولأنه) أي ولأن الدعاء الى الجزية (أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص) وهو قوله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ ٢٩ التوبة (وهذا) اشارة الى الدعاء الذي يدل عليه قولهم ادعوهم الى الجزية (في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ ١٦ الفتح) أي الى أن يسلموا ، قال (فإن بذلوها) بالذال المعجمة ، أي فإن قبلوها ، أي الجزية ، والمراد من البذل القبول على ما يأتي الآن ، لأن القتال منهي بمجرد القبول قبل وجود الإعطاء والبذل بالإجماع (فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا) هذا غريب ، وكيف يقول الأترازي وقد صح عن علي رضي الله عنه أنه قال انما بذلوا الجزية ... الى آخره .

نعم أخرج الدارقطني في سننه عن الحكم عن حسين عن أبي الجنوب عـــن عبدالله بن عبد الله مولى هاشم قال قال علي رضي الله عنه من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ، وديته كديتنا ، ومع هذا هو أيضاً ضعيف ، قال الدارقطني أبو الجنوب ضعيف .

(والمراد بالبذل) أي في قول القدوري ، فان بذلوها (القبول ، هكذا المرادبالإعطاء المذكور فيه) قال الأترازي أي في الجزية ، وتذكير الضمير على تأويل المذكور . قلت

في القرآن والله أعلم . ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، ولأنهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون ، فنكفى مؤنة القتال . ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار ، فصار

لو قال أي في اداء الجزية لما احتاج الى التأويل المذكور (في القرآن والله أعلم) هو قوله عز وجل ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ .

(ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الإسلام الا ان يدعوه) أي يدعو من لم تبلغه الدعوة (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (في وصية أمراء الأجناد فادعهم الى شهادة أن لا إله إلا الله) وهذا الحديث من حديث بريدة المطول ، وقد مر بعضه عن قريب الذي رواه الجماعة غير البخاري .

(ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال) فنكفى على صيغة المجهول ، ومؤنة القتال بالنصب على أنه مفعول ثان (ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي) وهو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا عمر بن ذر بن يحيى بن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له حين بعثه لا تقاتل قوماً حتى تدعوهم ، انتهى . والدعوة بالفتح إلى الطعام وبالكسر في النسب قاله الجوهري ، وقيل بالضم في الحرب (ولا غرامة لعدم العاصم) يعني لا غرامة بواجبه يفعل قبل الدعوة وإن كان فيه الإثم لعدم العاصم عن الغرامة . وقال الكاكي ولا غرامة للاتلاف من الأموال والدماء لعدم العصمة مفهومة (وهو الدين) أي العاصم وهو الذمي (أو الإحراز بالدار) وقال الشافعي يضمن لحرمة القتال . قلنا الحرمة بالدين أو بالإحراز بالدار ولم يوجد (فصار) حكم هذا كالصبيان والنسوان ،

كقتل النسوان والصبيان ، ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ، ولا يجب ذلك لأنه صح ان النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون

أى كما لا غرامة (في قتل الصبيان والنسوان) فانه لا قصاص ولا دية وإن كان ورد في قتلهم .

(ويستحب أن يدعو) أي الإمام أو رأس الجيش أو السرية (من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار) لأنها ربماتنفع فانتقلب ميال إلى النجاس [1] (ولا يجب ذلك) أي دعاء من يلقنه الدعوة (لأنه صح بأن رسول الله ﷺ أغارعلى بني المصطلق وهم غارون)هذا أخرجه البخاري عن ابن عون قال كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال . قلت إنما كان ذلك في أول الإسلام قد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبي ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، وكان ذلك الجيش .

وقال المنذري في حواشيه غارون بتشديد الراء ، هكذا قيده غير واحد . وقال الفارسى أظنه غادون بالدال المهملة المخففة ، فإن صحت رواية الراء فوجهه أنهم ذو غرة ، أي أتاهم الجيوش على غرة منهم ، فإن الغار هو الذي يغر غره فلا وجه له هنا ، هذا الذي قاله فيه ، تكلف ، فإن معنى غارون هنا غافلون ، قال الجوهري وغيره الغار الغافل ، والغرة الغفلة ، وبنو المصطلق بضم الميم وسكون الصاد المهملة وفتح الطاء المهملة وكسر اللام ، وفي آخره قاف ، وهو لقب من الصلاة ، وهو رفع الصوت ، وأصله مصتلق فأبدلت التاء من الطاء لأجل الصاد ، واسمه خزيمة بن سعد بن عمرو بن ربيعة بن حارثة بطن من خزاعة .

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحاً ثم يحرق ، والغارة لا تكون بدعوة . قال فإن أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ، ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه

(وعهد إلى أسامة أن يغير على ابنى صباحاً ثم يحرق) هذا أخرجه أبو داود وابن ماجة عن صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن عرق عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ كان عهد إليه فقال أغير على ابنى صباحاً وحرق . قوله عهد إلى أسامة أي أوصاه ، وأسامة بن زيد بن حارثة قول النبي ﷺ وأمه أم أيمن خاصة النبي ﷺ ، وأسامة وأيمن أخوان ، ومات أسامة بالمدينة ، ولما مات النبي عليه السلام كان أسامة ابن عشرين سنة وأبنى بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة وفتح النون مقصور على وزن حبلى ، ويقال أبني بالياء آخر الحروف المضمومة مع ضم الهمزة . وقال الأترازي موضع بالشام وهو فلسطين ، والأصح أنه عن فلسطين بين الرملة وعسقلان(والغارة لا تكون بدعوة) لأن فيها ستر الأمر والإسراع والغارة اسم مصدر للاغارة الذي هو مصدر أغار الثعلب إذا أسرع في العدو .

(فإن أبوا ذلك) أي فإن امتنموا عن الجزية (استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام) أي لقول النبي عليه السلام (في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى اعطاء الجزية ... إلى أن قال فإن أبوها فاستمن بالله عليهم وقاتلهم) قد تقدم حديث سليمان بن بريدة عن قريب ، وهو حديث طويل ، وفيه فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم ... الحديث .

(ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه) أي المهلك وهو إسم فاعل من التدمير ، والأصوب المدمر أعداءه كما في قوله تعالى ﴿ ودمرناهم تدميرا ﴾ ٣٦ الفرقان

فيستعان بالله في كل الأمور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم ، لأنه عليه السلام أحرق البويرة . قال وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم ، لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ

(فيستعان بالله في كل الأمور) فيستعان على صيغه المجهول ، وأمر النبي عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة بالاستعانة أيضاً ، حيث قال فان هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم .

(قال) أي القدوري (ونصبوا عليهم المجانيق) وهو جمع منجنيق (كما نصب رسول الله ﷺ على الطائف) هكذا ذكر الترمذي في الاستئذان مفصلاً ولم يصل سنده ، فقال ففيه حديثا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على الطائف قال قتيبة قلت لوكيع من هذا الرجل ، قال صاحبكم عمر بن غارون [1] ، ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول أن النبي ﷺ نصب على الطائف ، ورواه ابن سعد في الطبقات عن مكحول وزاد أربعين يوماً ، ورواه العقيلي في الضعفاء مسنداً عن محمد من حديث عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن أبي صادق عن علي رضي الله عنه قال نصب رسول الله ﷺ المنجنيق فينصب على حصن الطائف ، ويقال قدم بالمنجنيق يزيد بن ربيعة ، وقيل غيره .

(وحرقوهم) كلام القدوري في مختصره ، وعلله المصنف بقوله (لأنه عليه السلام) أي النبي ﷺ (أحرق البويرة) وهذا أخرجه الأئمة الستة عن الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قطع نخل بني النضير وحرق وهي البويرة ... الحديث . (وارسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم ، وافسدوا زروعهم) كل ذلك من كلام القدوري ، وقال الشافعي في قول ، وأحمد في رواية لا يفعلون ذلك إلا إذا كان الكفار يفعلون ذلك ، وعلل المصنف بقوله (لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت) وهو الذل والهوان . وقال الأترازي يقال كبته الله أي أهلكه ، والمعنى الملائم ما ذكرناه (والغيظ

---

(١) في شرح فتح القدير – عمر بن هارون – اه مصححه .

بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً ، ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ، ولأنه قل ما يخلو حصن عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره لا نسد بابه ، وإن تترسوا بصبيان المسلمين و بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا

بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً) .

(ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب) بالذال المعجمة وتشديد الباء ، يقال ذب عنه يذب ذباً اذا امتنع عنه (عن بيضة الإسلام) أي عن مجتمع الإسلام . وفي المغرب مجتمع أهل الإسلام يسمى أهـــل الإسلام بيضة تشبيهاً ببيضة النعامة وغيرها ، لأن تلك مجتمع الولد (وبقتل الأسير والتاجر ضرر خاص) وفي الرمي عليهم دفع ضرر عام فيحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العـــام . وروي عن الحسن بن زياد أنه إذا كان فيهم مسلم تاجر مستأمن أو أسير أو من أسلم منهـم أنه لا يجوز ، لأن قتل المسلم حرام ، وقتل الكافر مباح ، والمحرم مع المبيح إذا اجتمعا ، فالرجحان للمحرم وإن قتل المسلم لا يجوز الإقدام عليه ، وقتل الكفر يجـــوز تركه، ألا ترى أن الإمام له أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين ، فكان مراعاة جانب المسلمين أولى، ورد عليه بأن قتالهم فرض بالنص ، فلو كان هذا العارض معتبراً للآدمـــي إلى سد باب الجهاد ، فلا يجوز ذلك لأنه ماض إلى يوم القيامة .

(ولأنه قل ما يخلو حصونهم عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره) أي فلو امتنع الرمـــي باعتبار المسلم التاجر أو الأسير (لا نسد بابه) أي باب الجهاد فلا يعتد به ، تحقيقـــه أن الرمي إليهم جائز وإن كان فيهم نساءهم وصبيانهم ، فكذا إذا كان مسلم . والجامع كون من لا يجوز قتله فيهم .

(وإن تترسوا) أي وإن استتروا ، يقال تترس بالترس إذا توقى (بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا) أشار به إلى قوله لا نسد باب الجهـــاد. وقال

ويقصدون بالرمي الكفار ، لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن قصـــداً ، والطاعة بحسب الطاقة ، وما أصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة ، لأن الجهـــاد فرض ، والغرامات لاتقرن بالفروض ، بخلاف حالة المخمصة

الشافعي إذا فعلوا ذلك لم يجـــز أن يبدأهم بالرمي ، فان بدؤونا جاز الرمي . ويقال للرامي اجتهد في إصابة المشرك وتجنب المسلم ، وبقوله قال مالك وأحمد . وعن الشافعي لا يجوز ذلك إذا لم يأت بضرب الكفار إلا بضرب المسلم .

(ويقصدون بالرمي الكفار ولانـــه إن تعذر التمييز فعلا فقـــد أمكن قصداً إذ الطاعة بحسب الطاقة) لان الله عز وجل لا يكلف نفساً الا وسعها (وما أصابوه منهم) أي وما أصاب المسلمين من صبيـــان المسلمين وأساريهم الذين تترس المشركون بهم (لا دية عليهم ولا كفارة) أي لا يجب عليهم الدية ولا الكفارة . وعند الشافعي تجب الكفارة قولاً واحداً . وفي الدية قولان ، وفي التهذيب لو رمى في غير حال الضرورة وهـــو يعلم أنه يجب القود ، وان ظنه كافراً فلا قود وتجب الكفارة . وفي الدية قولان . وعن المزني ان علم أنه مسلم ورمى للضرورة يجب الدية . قال أبو اسحاق ان قصده لزمته الدية علم أنه مسلم أو لا ، لقوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج بالجيم ، وقيل بالحـــاء المهملة أي مبطل دمه وان لم يقصده بعينه ، بل رمى الى الصف لم يلزمه الدية ، كذا في شرح الوجيز .

(لان الجهاد فرض ، والغرامات لا تقرن بالفروض) أي الإتيان بالفروض لا يقرن به الغرامات ، لان الفرض مأمور به ، وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنـــه وبين الامرين منافاة .

فان قلت هذا تعليل في مقابل قوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج ، والتعليـــل في مقابلة النص باطل . قلت هذا عام خص منه البغـــاة وقطاع الطريق ، فتخص صورة النزاع لما قلنا .

(بخـــلاف حالة المخمصة) هذا جواب عما قاس عليه الحسن ، وقال اطـــلاق الرمي

لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه ، اما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان . قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يؤمن عليه ، لأن الغالب هو السلامة ، والغالب كالمتحقق . ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها ، لأن فيه

لضرورة اقامة الجهاد لا ينفى الضمان كتفاؤل حال الغير حالة المخمصة لمكان الضرورة ، ويجب الضمان . تقدير الجواب أن حالة المخمصة بخلاف هذا (لأنه) أى لأن صاحب المخمصة (لا يمتنع) عن أكل مال الغير (مخافة الضمان) أى لأجل الخوف عن الغرامة (لما فيه) أى في أكل مال الغير (من إحياء نفسه) وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها بدل الضمان (أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس) أى نفس الكفار ، وقد يكون فيهم مسلمون (فيمتنع) أى عن الجهاد الفرض (حذر الضمان) أى لأجل قدرته على الضمان، وهو منصوب على أنه مفعول له وذا عن الجواز كما لا يجوز وجوب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني من جلده أو رجمه . ولو وجب لامتنع عن القضاء ولا يتقلده أحد. ويجوز أن يكون المعنى أن الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقاً ، لان المجاهد اما أن يقتل وقد يصارف المسلم أو يقتل ، فلو ألزمنا الضمان امتنع من الجهاد والفرض ، لكونه خاسراً في الحالتين ، بخلاف ما اذ لم يضمن .

(ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكراً عظيماً يؤمن عليهم) اى على العسكر او اخراج النساء والمصاحف (لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق، ويكره اخراج ذلك في سرية) وهي عدد قليل يسيرون بالليل ويسكنون بالنهار ، ذكره في المبسوط ، وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية أدناه ثلاثة . ولو بعث بما دونه جاز . وعن ابي حنيفة اقل السرية مائه . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائه ، وأقل الجيش اربعة آلاف . وفي فتاوى قاضيخان ذكر قول الحسن قول أبي حنيفة (لا يؤمن عليها) أى على السرية لقتلهن(لأن فيه) أى

تعريضهن على الضيـــاع والفضيحـة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بهامغايظةللمسلمين وهو التأويل الصحيح ، لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو . ولو دخـــل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معـــه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهـــد ، لأن الظاهر عدم التعرض ، والعجائز يخرجهن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق

في إخراج ذلك (تعريضهن) أى تعريض النساء (على الضياع والفضيحـــة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف ، فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين) ى لاجل غيظهم لهم (وهو التأويل الصحيح) أي تعريض المصاحف على الاستخفاف هو التأويل الصحيح .

(لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو) هـــذا الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر عنهما قال نهى رسول الله ﷺ أن لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو ، ويخاف أن يقال له لعدو .

واعلم أن المصنف رحمه الله حمل الحديث على الجيش الصغير الذي لا يؤمن معه ضياعه والشافعية ، معنى ذلك وأخذ المالكية بإطلاقه ، وقال القرطبي ولا فرق بين الجيـــش والسرايا عملا بإطلاق الحديث ، وهو إن كان يقبله العـــدو لـه في الجيش العظيم نادراً فشأنه وسقوط ليس بنادر . قلت الظاهر مـــع المالكية على ما لا يخفى ، والمراد بالقرآن في الحديث المصحف ، وقد جاء مفسراً في بعض الاحاديث، وأشار إليه البخاري بقوله باب السفر بالمصحف إلى أرض العدر . وفي المحيط ويكره إدخال المصاحف وكتب الفقه في سرية ، ذكره في السير الكبير ، وإنما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قيل إن النهي كان في ابتداء الإسلام لقلة المصاحف كيلا ينقطع عن أيدي الناس ، فأما الآن فقد كثرت فلا بأس باخراجها مطلقاً . وكذا قال أبو الحسن العمي والطحاوي . قلت هذا ظاهر لا يخفى .

(ولو دخل المسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قومـاً يوفون بالعهد ، لأن الظاهر عدم التعريض ، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق

بهن كالطبخ والسقي والمداواة ، فأما الشواب فقرارهن في البيوت أدفع للفتنة . ولا يباشرن القتال ، لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمـــة ، فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر . ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ، ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا ، إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة . وينبغي للمسلمين أن لا يغـــدروا ولا يغلو ولا يمثلوا لقوله عليـــه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ، والغلول السرقة من

بهن كالطبخ والسقي والمداواة) أي مداواة الجرحى (وأما الشواب فاقامتهن في البيوت أدفع للفتنة) وإن كانوا يريدون المباضعة فيخرج لا بالحرائر .

(ولا يباشرن) أي العجائز (القتال ، لانه يستدل به) أي بقتال العجـــائز (على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة) وقد روي أن أم سليم قاتلت يوم خيبر ووضعت شارة على بطنها حتى قال النبي ﷺ مقامها خير من مقام فلان وفلان ، أي من المنهزمين .

(ولا يستحب إخراجهن) أى إخراج النساء الشواب (للمباضعة) للجماع (والخدمة ، فان كانوا لا بد من خروجهن فبالاماء) أى فيخرج الاماء جمع أمة (دون الحرائر) جمع حرة .

(ولا تقاتل المرأة إلا باذن زوجها ، ولا العبد إلا باذن مولاه لما بينا) أشار بـــه إلى قوله لتقدم حق الولي والزوج (إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) هـــذا استثناء من قوله ولا تقاتل المرأة ، يعني عند الضرورة ، وعند الضرورة يقاتــلان ، الجهاد حينئذ يصير فرض عين .

(وينبغي للمسلـــين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا) هذا في حديث سليمان بن بريدة وقد تقدم بعضه ، وفيه اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا والبدا [١] (والغلول السرقـة من

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد ـ وليداً ـ اهمصححه .

المغنم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر المنقول ، ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعداً ولا أعمى ، لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ، ولهذا لا يقتل يابس الشق ، والمقطوع اليمنى ، والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى ، لان المبيح عنده الكفر ، والحجة عليه ما بينا

المغنم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر كان القائل يقول هذا الحديث يدل على تحريم المثلة ، وحديث العرنيين يدل على إباحتها فأجاب بقوله وحديث العرنيين منسوخ بالنهي المتأخر عن حديث العرنيين . والدليل على تأخر النهي مارواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمران بن حصين أنه قال ما قام رسول الله ﷺ لم يعد ما شل الاركان محطياً على الصدقة وينهانا عن المثلة ، وتخصيصه بالذكر في خطبته يدل على تأكد الحرمة . والمثلة من مثلث بالرجل مثل به مثلاً ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه او ما أشبه ذلك ذكره في الفائق .

(ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا مقعداً ولا أعمى) هذا كله من كلام القدوري في مختصره ، وعلله المصنف بقوله (لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ، فلا يتحقق منه ، ولهذا لا يقتل يابس الشق) أى المفلوج ، ويراد باليبس بطلان حسه وذهاب حركته لا إنه ميت حقيقة ، كذا في المغرب (والمقطوع اليمين والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى ، لان المبيح عنده الكفر) أى المبيح للقتل عند الشافعي الكفر ، هذا في قول من الشافعي ، وفي قول آخر كقولنا ، وبه قال مالك وأحمد . وفي شرح الوجيز وفي الشيوخ الضعفاء والعميان والزمنى ومقطوعة الايدى والرجل قولان ، في قول يجوز قتلهم ، وبه قال أحمد في رواية ، وفى قول لا يجوز (والحجه عليه) أى على الشافعي (ما بينا) وهو قوله لا يقتل يابس الشق .

وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري ، وحين رأى رسول الله ﷺ امرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت .

فان قلت احتج الشافعي بقوله عليه السلام اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم ، الحديث يروى عن سمرة بن جندب رضي الله عنه . قلت المراد من الشيوخ الذين يقاتلون توفيقاً بين الحديثين ، أو من له رأي في الحرب كما قتل دريد بن الصمة يوم أوطاس وهو ابن مائة وعشرين سنة،لانه كانوا يأخذون برأيه في الحرب،وقتله ربيعة بن رفيع المسلمين.

(وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن قتل الصبيان والذراري) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ولم يتكلم أحد من الشراح فيه غير أن بعضهم قالوا المراد بالذراري النساء مجازاً باعتبار السبب ، إذ النساء سبب لحصول الذراري ، ولا يمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه على الصبيان . قلت هذا التكلف كله لأجل قول المصنف، وقد صح ولم يصح بهذا اللفظ، وإنما الذي صح ما رواه الجماعة ، إلا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ فنهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان. وفي لفظ الشيخين فأنكر قتل النساء والصبيان .

(وحين رأى النبي ﷺ أمرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت)هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي بإسنادهما إلى رباح بن الربيع قال كنا مع النبي ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء ، فبعث رجلاً فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء، فجاء فقال امرأة قتيل ، فقال ما كانت هذه لتقاتل ، وعلى المقدمة خالد بن الوليد رضي الله عنه ، فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا صبياً، وأخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه . وفي لفظ فقال هذه ما كانت لتقاتل . ورياح بالياء آخر الحروف ، ويقال بالباء الموحدة . وقال الدارقطني ليس في الصحابة أحد يقال له رياح إلا هذا مع اختلاف فيه . وقال ابن ماكولا رباح بالباء الموحدة ابن ربيع حنظلة الكاتب له صحبة . وروى عنه المذفع بن صفي . وقيل فيه رياح بالياء المعجمة بنقطتين من تحتها ، قوله هاه كلمة تنبيه ، والهاء في آخرها ليسكت .

قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب، أو تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها إلى العباد ، كذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ، ولأن القتال مبيح حقيقة . ولا يقتلوا مجنونا ، لانه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما

(قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحراب) هذا لفظ القدوري في مختصره أستثناء من قوله ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا أعمى ولا مقعداً إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب ، وقد نقل المصنف قوله ولا تقتلوا امرأة ... إلى آخره ، ثم تكلم ما ذكره بعده ثم نقل اسناده بقوله إلا أن يكون إلى آخره . وقال أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي ، وأما الشيخ الفاني فأنا أقتله إذا كان ذو رأي في الحرب ،أو كان كامل العقل ، ومثله يقتله إذا ارتد ، والذي لا تقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء المميز ، فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون والصبي ، فلا يقتل إذا كان حربياً ، ولا إذا ارتد ، وأما الذميين فهم بمنزلة الشيوخ ويجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك ، كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ، ويقتلهم إذا ارتدوا ، كذا في شرح الطحاوي .

(أو تكون المرأة ملكة) هذا أيضاً من جملة كلام القدوري ، ذكره بعد قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب (لتعدي ضررها) أي لتعدي ضرر المرأة الملكة (إلى العباد) باعتبار حكمها (وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء) أشار به إلى الشيخ الفاني والأعمى والمقعد والمرأة (دفعاً لشره) أي يقتل القاتل من هؤلاء لأجل دفع شره عن المسلمين (ولأن القتال مبيح حقيقة) أي لأن قتال هؤلاء مبيح لقتالهم من حيث الحقيقة لكفوءهم وأذاهم .

(ولا يقتلوا مجنوناً لأنه غير مخاطب ، إلا أن يقاتل فيقتل دفعاً لشره ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان) دفعاً لشرهما (وغيرهما) أي وغير الصبي

لا بأس بقتله بعد الأسر ، لانه من أهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقتـــه كالصحيح . ويكره أن يبتدىء الرجل إياه من المشركين فيقتله لقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في في الدنيا معروفا ﴾ ٣٥ لقمان ، ولانه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق عليه فيناقضه الإطلاق في افنائه فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره ،

والمجنون (لا بأس بقتله بعد الأسر ، لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه) بالعقل والبلوغ ، وكذلك الرهابين إذا قاتلوا حيث يباح قتلهم جزاء على قتالهم. وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعة ولا أهـل الكنائس الذين لا يخالطون ، فإن خالطوا يقتلون كالقسيس وغيره ، وكذلك الراهب إن دل على عورة المسلمين جاز قتله (وإن كان) أي المجنون (يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح) يعني يقتل حال إفاقته سواء وجد منه القتال أو لا لكونه مقاتلاً مخاطباً ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة .

(ويكره أن يبتدىء الرجـــل إياه من المشركين فيقتله) بنصب اللام (لقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ٣٥ لقمان) وفي السير الكبير المـــراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بي ﴾ ٣٥ لقمان ، وليس من المعروف أن يقتله أن يتركهما حرزاً للسباع، وروي أنه عليه‌السلام منع أبا بكر رضي الله عنه عن قتل أبيه يوم بدر ، ولا خلاف عليه .

(ولأنه) أي ولأن الابن (يجب عليه إحياؤه) أي إحياء أبيه (بالانفاق عليـــه) والانفاق سبب الإحياء (فيناقضه الإطلاق في افنائه) أي تناقض الإحياء إطلاق وقتل بإفنائه ولزوم المناقض لا يجوز . وقال الأترازي الاطلاق في إفنائه ، أي إفنـــاء الأب (فإن أدركه) أي فإن أدرك الابن أباه في الحرب (امتنع عليه) أي امتنع الابن عن قتل أبيه وانتفاء عليـــه بأن يعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك (حتى يقتله غيره) أي غير الابن لئلا يلحقه مأثم بمباشرة قتل أبيه . وفي الذخيرة لو ظفر على قتل أبيه لا ينبغي أن يقصده بالقتل ، ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حرباً علينا ، ولكنه يلحقه

لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم ، وإن قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس بــه ، لان مقصوده الدفع ، ألا ترى أنه لو شرب الاب المسلم سيفه على اينه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا ، فهذا أولى .

إلى موضع يتمسك به حق غيره فيقتله (لأن المقصود) أي من يقتله (يحصل بغيره) أي بغير الابن (من غير اقتحامه الإثم) أي من غير دخوله في الإثم بقتل أبيه .

(وإن قصد الأب قتله) أي قتل ابنــه (بحيث لا يمكنه دفعه) أي بحيث لا يمكن الابن دفع أبيه عنه (إلا بقتله لا بأس به) أي يقتله حينئذ (لأن مقصوده الدفع) عن نفسه (ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه) وقد قصد قتل ابنه (ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا) أشار به إلى قوله لأن مقصوده الدفع (فهذا أولى) **لأنه كان** هكذا في الأم والجد والجدة ، ولو كان المشرك حالاً أن يبتدىء بالقتل . وعند الشافعي يكره أن يقتل ذا رحم محرم من الكفار . وفي الرحم غير محرم وجهان ، وجه يكره ، والثاني لا يكره . وقول مالك وأحمد كقولنا . وفي شرح الطحاوي وما سوى السوء الدين من ذوى الرحم المحرم فلا بأس بقتله ، هذا في الكافر . وأما في أهل الخوارج والبغي فكل ذى رحم محرم كالأب سواء ، وأما في الرحم في باب الزنا فإن البداية بالشهود شرط ، فلو كان الشاهد هو الولد فلا بأس بأن يرمي ولا يقصد القتل .

* * *

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى ﴿ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ﴾ ٦١ الانفال ،

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

أى هذا باب في بيان جواز الموادعة أى المصالحة ، وسميت المصالحة بالموادعة لأنها مشاركة من الودع وهو الترك بأن يدع كل أحد فريقي المسلمين والكافرين القتال مع الآخر ، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر ، لأن ترك الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء سابقاً لا محالة . قوله ومن يجوز أمانه ، أى في بيان من يجوز أمانه .

(وإذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم ، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) أى بالصلح درءاً عليه . قوله أن يصالح أهل الحرب ، وفي بعض النسخ وكان في ذلك مصلحة فعلى النسخة الأولى لفظ مصلحة منصوب بأنه خبر كان ، وعلى النسخة الأخرى مرفوع لأنه إسم كان وخبره قوله في ذلك ، وقيد بقوله مصلحة لأنه إذا لم يكن مصلحة لا يجوز المصلحة بأن يكون بالمسلمين ضعف ، أو كانت الموادعة خيراً للمسلمين ذكره الكرخي في مختصره (لقوله تعالى ﴿ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ﴾ ٦١ الأنفال) أي وإن مالوا للصلح ، يقال جنح له وإليه إذا مال ، وفي السلم ثلاث لغات فتح السين و كسرها وفتحها جميعاً ، وهي مما يذكر ويؤنث ولذلك قيل فاجنح لها.

فإن قيل هذه الآية منسوخة في قول ابن عبـاس بقوله فاقتلوا الذين لا يؤمنون ، وفي قول مجاهد بقوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٥ التوبـة ، فكيف جاز الإحتجاج بها . أجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين

ووادع رسول الله عليه السلام أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ،

بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى ﴿ فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون ﴾ ٣٥ محمد، وبدليل الآية الموجبة للقتال والألزم التناقص لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف الأمر بالمصالحة ، فلا بد من التوفيق بينهما ، وهو بما ذكرنا بدليل موادعة النبي ﷺ أهل مكة على ما ذكر في الكتاب. وقال في الكشاف إن الأمر موقوف على ما يرى فيه الإمام صلاح الإسلام وأهله من حرب أو سلم وليس بحتم أن يقاتلوا أبداً ويحاربوا إلى الهدنة أبداً .

(وادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين) الحديث رواه أحمد في مسنده مطولاً من حديث محمد بن اسحاق ، وفيه خرج رسول الله ﷺ عام الحديبية يريد زيارة البيت لا يريد قتالاً وساق الهدي مع سبعين بدنة ، وكان الناس سبعمائة رجل إلى أن قال هذا ما اصطلح عليه محمد بن عبد الله وسهيل بن عمرو على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض ... الحديث .

وقال الأترازي فيه نظر ، أي في الذي ذكره صاحب الهداية ، لأن الصلح عند أصحاب المغازي أن رسول الله ﷺ وادعهم على ترك القتال سنين ، هكذا ذكره المعتمر ابن سليمان في كتابه عن أبيه انتهى . قلت كلامه يدل على أن عشر سنين غير صحيح ولم يطلع في كتب الحديث ، فهذا من رواية أحمد عشر سنين ، وفي رواية ابن هشام عشر سنين ، وفي سنن أبي داود عشر سنين ، وفي مغازى الواقدى عشر سنين نعم وقع في رواية البيهقي في دلائل النبوة سنتين من رواية موسى بن عتبة ، وكذلك في رواية ابن عائد عن محمد بن شعيب أن مدة الصلح كانت سنتين بعد ذلك ، قال أبو الفتح العميرى أهل النقل يختلفون في تجريد المرة بعشرة سنين .

وقال السهلي في الروض الأنف اختلف العلماء هل يجوز الصلح إلى أكثر من عشر سنين رجحه المشائمين أن منع الصلح هو الأصل ، بدليل آية القتال ، وقد ورد التحديد بالعشر في حديث ابن اسحاق فحصلت الإباحة في هذا القدر ، ويبقى الزائد على الأصل

ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ، لان المقصود ، وهو دفع الشر ، حاصل بـــه ، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى مـــا زاد عليها ، بخلاف ما إذا لم تكن خيراً لانه ترك الجهاد صورة ومعنى. وإن صالحهم مـــدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم الإمام وقاتلهم ، لأنه عليه السلام

انتهى ، وهذا هو التحقيق في تجريد الكلام في هذا المقام ،فإن أحداً من الشراح لم يسكت فمنهم من سكت عنه بالكلية .

(ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ،لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به) أي بالموادعة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار معنى الصلح ، وكذا الكلام في تذكير الضمير في قوله إذا كان خيراً (ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) يعني عشر سنين، لأن مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص (لتعدى المعنى) وهو دفع الشر (إلى ما زاد عليها) أي على المدة المروية (بخلاف ما إذا لم تكن خيراً) متصل بقوله إذا كان خيراً، يعني لا يجوز الصلح إذا لم يكن خيراً للمسلمين (لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى) أما صورة فظاهر حيث ترك القتال . وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحة المسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع شر فلم يحصل الجهاد معنى أيضاً .

(وإن صالحهم مدة) أي وإن صالح الإمام أهل الحرب مـــدة معينة (ثم رأى إن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم) من النبذ وهو الطرح ، والمراد بالنبذ نقض العهـــد وهو (الامام) ينقضه لأنه إنما أخبرهم طرحه إليهم ، ولا بد من بلوغ خبر النبذ إلى جميعهـم احترازاً عن الغدر ، ومتى علم المسلمون أن القوم لم يعلموا بذلك لم يجز لهـــم أن يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكورة . وقد صح أن النبي ﷺ وادع قريشاً فلمـا أراد النبذ بعث إلى مكة عن[1] يتأذى بنقض الصلح على ما يجيء . (وقاتلهم لأنه عليه السلام) أي لأن

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد ـ من ـ ، اه مصححه .

نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ، فلا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر ، وقال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ،

النبي ﷺ (نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة) كانت هذه الموادعة في يوم الحديبية ، وكان فيها من شاء أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل ومن شاء أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فدخلت خزاعة في عهد محمد عليه السلام ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدية نحو السبعة أو الثمانية عشر شهراً ، ثم أن بني بكر وبني خزاعة قاتلوهم ، وجاء الخبر بذلك إلى رسول الله ﷺ ثم أمر الناس فتجهزوا ، فقال أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله ألم تكن بينك وبينهم مدة ، فقال ألم يبلغك ما منعوا ، رواه البيهقي في دلائل النبوة ، ورواه ابن أبي شيبة مرسلاً وفيه فقال أبو بكر ما قاله الآن فقال عليه السلام إنهم غدروا فنقضوا العهد فأنا عاد منهم ... الحديث .

(ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد) أي إيفاء العهد المنقوض ترك الجهاد (صورة ومعنى) اما صورة فظاهر ، لأنه فيه ترك القياس ، وأما معنى فلعدم دفع الشر ، وهو ترك الجهاد من حيث المعنى (ولا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر ، وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر) ليس هذا الحديث من النبي ﷺ وإنما هو من كلام عمرو بن عيينة وله قصة رواه أبو داود والنسائي والترمذى عن شعبة أخبرني أبو الفيض عن سليم بن عامر رجل من حمير قال كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عيينة وأرسل معاوية إليه فسأله فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا ينبذ عهده ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء ، فرجع معاوية بالناس ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، لأن بذلك ينتفي الغدر. قال وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ، بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم ، حيث لا يكون هذا نقضاً للعهد . ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم ، لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

(ولا بد من اعتبار مدة تبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ، ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر إلى أطراف مملكتـــه ، لأن بذلك ينتفي الغدر) قال الله تعالى ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء ﴾ ٥٨ الأنفال ، أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا أن لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليهم من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر قوله خيانـــة أي نقصاً للعهد .

(قال) أي القدوري (وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم) أي الإمام (ولم ينبذ إليهـم إذا كان ذلك) أي نقض العهد (باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه) أي نقض العهد (بخلاف ما إذا كان دخل جماعة منهم) أي من أهـــل دار الحرب (فقطعوا الطريق) في دار الإسلام (ولا منعة لهم) أي والحال أنهم لا قوة لهـــم ولا شوكة (حيث لا يكون هذا نقضاً للعهـــد) لا في حقهم ولا في حق غيرهم ، كذا في نقض العهد في دارنا .

(ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم) من أهل الحرب منهم (لأنه) أي لأن فعلهم هذا (بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

حتى لو كان يأذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد، لأنه باتفاقهم معنى، وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالاً فلا بأس به، لأنه لما جازت الموادعة بغير المال، فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل، والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولاً لأنه في معنى الجزية. أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها

حتى لو كان يإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد) في حق جميعهم لوجود الرضى منهم، وهو معنى قوله (لأنه باتفاقهم معنى) أي باتفاق الكل (وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب) إنما كرر هذا بعد أن يبين حكم موادعة أهل الحرب لأن القدوري لم يذكر الموادعة على المال ولم يذكر الموادعة مع المرتدين أيضاً، وذكر ذلك كله في الجامع الصغير، فكذلك كرر موادعة الحرب، وذكر الموادعة على المال بقوله (وأن يأخذوا على ذلك مالاً) أي وإذا رأوا أيضاً أن يأخذوا مالاً في الموادعة (فلا بأس به لأنه لما جازت الموادعة بغير المال، فكذا بالمال) وهو أولى، أي فكذا يجوز بالمال.

(لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم يكن) أي الحاجة (لا يجوز) لأنه يشبه الأجر (لما بينا من قبل) أشار به إلى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى، هكذا فسر الأكمل. وقال الكاكي لما بينا من قبل، وهو أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ. وقال الأترازي قوله لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكر قبل هذا محظور بقوله لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه نسبة الأجر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط، وكتب شيخي بخطه في هذا إشارة إلى أنه ترك الجهاد صورة ومعنى (والمأخوذ من المال) منهم على الموادعة (يصرف مصارف الجزية، هذا إذ لم ينزلوا بساحتهم، بل ارسلوا رسولاً) أي بدراهم الحرب ولا خمس فيه (لأنه في معنى الجزية).

(أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها) أي يخرج الخمس منها

وتقسم الباقي بينهم ، لأنه مأخوذ بالقهر معنى ، وأمـــا المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالاً لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين . ولو أخـــذه لم يرده لانه مال غير معصوم . ولو حاصر العـدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مـــال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لمـــا فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام

(ويقسم الباقي بينهم) أي بين جيش المجاهدين القائمين (لأنه مأخوذ بالقهر معنى) أي من حيث المعنى ، لأنه مأخوذ بعد الفتح بالقتال .

(وأما المرتدون فيوادعهم الإمام) إذا طلبوا ذلك وجاء الإسلام منهم فيؤخر القتل عنهم (حتى ينظر في أمرهم ،لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير هذا إذا غلب المرتدون على مدينة وصارت دارهم دار الحرب يدل على مـا ذكره الفقيه وضع المسألة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف .

(ولا يأخذ عليه مالاً) أي ولا يأخذ الإمام على ما فعل من موادعتهم مالاً (لأنه) أي لأن الشأن (لا يجوز أخذ الجزية من أهل الردة لما نبين) أي في باب الجزيـــة (ولو أخذه لم يرده) أي ولو أخذ الإمام المال منهم لم يرده (لأنه مال غير معصوم) لأن مالهم في المسلمين إذا ظهروا على ذلك ، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرده عليهـــم بعدما وضع الحرب أوزارها ، لانه ليس بفيء ، إلا أنه لا يرده حال الحرب لئلا يكون إعانة لهم على المعصية .

(ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهـم لا يفعل الإمام شيئاً لما فيه من إعطاء الدنية) أي النقيصة (وإلحاق المذلة بأهل الإسلام) فـــلا

إلا إذا خاف الهلاك ، ولأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن .

ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز اليهم لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم ، ولأن فيه تقويتهم على قتـــال المسلمين فيمنع من ذلك ، وكذا الكراع لما بينا ،

يجوز ذلك (إلا إذا خيف الهلاك) إذا كان المسلمون يخافون على أنفسهم الهلاك فلا بأس بذلك لان الضرورات تبيح المحظورات (لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن) وهذا لا يجري على عمومه ، فاذا لم يكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر ينبغي أن يجب ولا يجب بل هو مرخص به ، وكذا لو كره يقتل نفسه أو يقتل غــيره لا يجب عليه بل الصبر عن قتل الغير واجب ، حتى لو صبر في الصورتين كان شهيداً فعلم أن المراد بأي طريق كان سوى المشيات التي للإباحة في مباشرتها شرعاً .

(ولا ينبغي أن يباع السلاح لاهل الحرب ولا يجهز إليهم) أي لا يحتمل اليهم التجار الجهاز وهو المتاع يعني السلاح . وفي الجامع الصغير يكره بيع السلاح من أهــل الفتنة (لان النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، وروى البيهقي في سننه والبزار في مسنده والطبراني في معجمه من حديث بحر بن كثير [١] الشفاء عن عبد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة . وقال البيهقي رفعه وهم ، والصواب موقوف . وقال البزار لا نعلم أحد يرويـــه عن النبي ﷺ الا عمران بن حصين ، واللقيطي ليس بالمعروف وابن كثير ليس بالقوي وقد رواه مسلم بن ذرين عن أبي رجاء عن عمران موقوفاً.

(ولان فيه) أي في بيع السلاح لاهل الحرب (تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك) أي من بيعه (وكذا الكراع) أي وكذا بيع الكراع منهم لا ينبغي ولا يجهز اليهم ، والكراع الخيل (لما بينا) اشارة الى قوله لان فيه تقويتهم .

---

(١) هكذا في الاصل ، وفي شرح فتح قدير كنيز ، اه مصححه

وكذا الحديد لأنه أصل السلاح، وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف النقض أو الإنقضاء فكانوا حرباً علينا، وهذا هو القياس في الطعام والثوب إلا أنا عرفناه بالنص، فإنه عليه السلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه

(وكذا الحديد) أي وكذا لا ينبغي أن يباع الحديد منهم (لانـه أصل السلاح) وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير بيع ما لا يقال بـه الا بصفة لا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم يجز بيع العنب بأساً، ولا يبيع الخشب وما أشبه ذلك. وقال الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن نجعله خمراً، الا أن العصير ليس بآلة للمعصية، وانما يصير آلة للمعصية بعدما يصير خمرا، وأما ها هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال، فاذا كان هكذا يكره ممن يعرف بالفتنة فبإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره، لان نفسه ليس بآلة للمعصية كالعصير، انتهى. قلت هذا الذي قاله مثلما قاله فخر الإسلام، وهـذا هو التحقيق، الا أن ظاهر الرواية بخلاف ذلك، ألا ترى أن الحاكم قد نص على تسوية الحديد والسلاح، واليه ذهب المصنف، حيث قال وكذا الحديد لانـه أصل السلاح، لكن يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذه آلة الفناء، حيث لا يكره بيع العصير ممن يتخذه خمراً.

(وكذا بعد الموادعة) أي كما لا يباع السلاح والكراع منهم قبل الموادعة فكذلك بعد الموادعة (لأنها) أي لأن الموادعة (على شرف النقض أو الإنقضاء) بتبدل المصلحة أو الإنقضاء أو على شرف القضاء مدة الموادعة (فكانوا حرباً علينا) أي بعد ذلك (وهـذا هو القياس) يعني كان القياس (في الطعام) أي في بيع الطعام منهم (والثوب) أي وكذا بيع الثوب منهم، وحمل ذلك إليهم أن يكون مكروهاً (إلا أنا عرفناه بالنص) أي عرفنا جواز ذلك بالنص، وفسر النص بقوله (فانـه عليه السلام) أي فإن النبي ﷺ (أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه) أي على النبي ﷺ حينئذ لم يتكلم أحد من الشراح في حديث ثمامة هذا كيف يخرجه، ومن رواه وما قصته، ورواه البيهقي في

فصـــل

إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم

دلائل النبوة من طريق ابن اسحاق حدثني سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه فذكر قصة إسلام ثمامة بلفظ الصحيحين ، وفي آخره فقال إني والله ما حبوت ، ولكني أسلمت وصدقت محمداً وآمنت به ، وأيم الذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامـة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمداً وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا إلى رسول الله ﷺ يسألونه بارحامهم أن يكتب إلى ثمامـة يحمل إليهم حمل الطعام ففعل رسول الله ﷺ مختصر ليس في الصحيحين من حيث ثمامة أمـــر النبي ﷺ لثامة أن يرو المسيرة على أهـل مكة ، وذكره ابن هشام في أواخر السيرة ، وفيه والله لا يصل إليكم حبـة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله ﷺ ثم خرج إلى اليمامة فمنع أهلنا أن يحملوا إلى مكة شيئاً فكتبوا إلى رسول الله ﷺ انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا ، فكتب إليه رسول الله ﷺ ان يخلى بينهم وبين اجمـــل ، ورواه الواقدى ايضاً مطولاً ، وفيه كتب يعني رسول الله ﷺ إلى ثمامـــة ان خلي بين قريش وبين المسيرة ، فلماجاءه الكتاب قال سمعاً وطاعة لرسول الله ﷺ مختصر . قلت ثمامة بضم الثاء المثلثة من قوله مرات يمير من قار اهلها اى اتاهم بالميرة ، اى بالطعام .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان احكام الأمان . ولما كان الأمان نوعاً من الموادعة لمـــا فيه ترك القتال كالموادعة ، ذكره في فصل على حدة .

(إذا امن رجل حر او امرأة حرة كافراً أو جماعة) أى أو أمن في جماعة (او اهـل حصن) أى او امن اهل حصن (او مدينة) اى او امن اهل مدينة (صح امانهم) اى صح امان جماعة الكفار واهل الحصن ، والمصدر مضاف إلى مفعوله وطرأ ذكر الفاعـل

ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم ، والأصل فيـــه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دمـــاؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد ، ولأنه

(ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم) وسواء كان الرجل الحر الذى امنهم اعمى او شيخـاً او مريضاً ، وإذا كان عبداً فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى .

(والأصل فيه) اى في حكم الأمان (قوله عليه السلام)اى قـــول النبي ﷺ (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم) هـذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ما كتب على رسول الله ﷺ إلا القرآن ، وما هذه الصحيفة ، فقال رسول الله ﷺ حرم ... الحديث ، وفية وذمة المسلمين واحدة يسعى بهـــا أدناهم ... الحديث . وأخرج البخاري نحوه عن أنس . وأخرج مسلم عن أبي صالـح عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ للمدينة حرم ... الحديث ، وفيه ذمـة المسلمين واحـــدة يسعى بها أدناهم .

وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال المسلمون تتكافأ دمـــاؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم ، ويرد عليهم أقصاهـــم . وروي أيضاً من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله ﷺ يد المسلمين على من سواهـم تتكافأ دماؤهم . ويجير على المسلمين أدناهم ، ويرد على المسلمين أقصاهـــم . قوله تتكافأ دماؤهم أي تتساوى في القصاص والديات ، لا فضل للشريف على وضيع ، كـذا قال أبو عبيد قوله ليسعى بذمتهم ، الذمة العهد والأمان ، ولهذا سمي المعاهد ذمياً ، لأنـــه قد أعطى الأمان على ماله ودمه للجزية التي تؤخذ منه ، ومنه قول سلمان الفارسي ذمـة المسلمين واحدة .

وفسر المصنف أدناهم بقوله (أي أقلهم ، وهو الواحد ، ولأنه) لا أقل منه ، وإنمـا فسره بالأقل احترازاً عن تفسير محمد رحمه الله ، حيث فسره بالعبد لأنـــه أدنى المسلمين ، فجعل الأدنى ها هنا من الدناءة ، وجعله غيره من الدنو . قوله وهم يد على من سواهم ،أي كلمتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملك المحاربة لهم يتعاونون على ذلك،ولا يخذل بعضهم

من أهل القتال فيخافونه ، إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ، ثم يتعدى إلى غيره ، ولأن سببه لا يتجزأ ، وهو الإيمان ، وكذا الأمان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الانكاح ،

بعضاً . قوله ويرد عليهم أقصاهم ، معناه إذا دخل العسكر أرض الحرب فوجه الإمام السرايا فيما غنمت من شيء جعل لها ما سمي لهادون ما بقي على العسكر ، لأنهم رد للسرايا. قوله ، ويجير ، من أجرت فلاناً على فلان إذا حميته منه ومنعته ولاية ، أي ولأن كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر ، وأما المرأة بأن تخرج للمداواة والخبز والطبخ ، وذلك منها جهاداً ، وبمالها أو بعبيدها .

فإن قلت ما تقول في قوله عليه الصلاة والسلام هاه ما كانت هذه تقاتل ، قاله لما رأى امرأة مقتولة قلت معناه ما يقاتل بنفسها .

(فيخافونه إذ هو بعد من أهل المنعة ، فيتحقق الأمان منه) الضمير المنصوب في فيخافونه ، وقوله إذ هو ، وفي قوله منه كلها يرجع إلى ما يرجع الضمير الذي في قوله (وللاقاته محله) أي لملاقاة الأمان ، ومحله هو الحربي الخائف (ثم يتعدى إلى غيره) ثم يتعدى الأمان إلى غيره الذي أمن من المسلمين ، كما في شهادة رمضان ، فإن الصوم يلزم من شهد بالهلال ثم يتعدى منه إلى غيره (ولأن سببه) أي سبب الأمان (لا يتجزأ وهو الايمان) أي التصديق بالقلب .

(وكذا الأمان لا يتجزأ) فإذا تحقق من بعض ، فأما إنه يبطل أو يكمل لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فتحقق الثاني ، وهو معنى قوله (فيتكامل) أي ينفر ، وكل مسلم به لكان سببه في حقه (كولاية الإنكاح) فيما إذا وجد الإنكاح من أحد الأولياء المساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل ، لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزى، فلا تجزأ الولاية ، فكذلك ها هنا . وقال الأكمل رحمه الله واعلم أن المصنف «رح» استدل بالمفعول على وجهين جعل المناط في أحدهما كون من يعطي الأمان ممن يخافونه . وفي الآخر الإيمان فالأول يقتضي عدم جواز أمان العبد المحجور والتأخير والأسير، والثاني يقتضي جوازه . ولو جعلها علة واحدة بخلاف الواو عن الثاني لتقسم علة لقوله ثم يتعدى

قال إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم ، كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ ، وقد بيناه . ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة بنبذ الإمام الأمان لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه نظر ،

إلى غيره كان أولى ، ويمكن أن يجعل الأول علة ، والآخر شرطاً ، أو سماه مسبباً مجاوزاً ، والشيء ينفى على عدمه عند عدم شرطه .

(قال إلا أن يكون في ذلك مفسدة) استثنى من قوله صح أمانهم ، أي إلا أن يكون في الأمان فساد في حق المسلمين (فينبذ إليهم) أي يعلمهم بالنبذ (كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ) أي يعلم الإمام أهل الحرب بالنبذ دفعاً للضرر عنهم (وقد بيناه) أي في أول فصل الموادعة عند قوله وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع إليهم .

(ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة) أي والحال أن فيه فساد (ينبذ الإمام الأمان لما بينا) أي في فصل الموادعة كما ذكرناه ، إلا أن قاله الاكمل رحمه الله قبل قوله نبذ . قوله ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش تكرار محض ، لانه علم من قوله لان يكون فيه مفسدة انتهى . قلت أراد بهذا القائل ، ألا ترى حيث قال هذا وأقول هذا تكرار محض لا محالة لانه علم ذلك من قوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة . قال الاكمل بعد نقله هذا عنه ، وأقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام ، وهذا بعده ، ويجوز أن يكون إعادة تمهيداً أو توطئة لقوله (ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه) أي يؤدب الإمام ذلك الواحد من الجيش لافتياته ، أي لسبقه على رأي الإمام . قال في المجمل الافتيات افتعال من الفوت وهو السبق إلى الشيء دون إئتمار من يؤتمر ، يقال الافتيات على فلان أي لايعمل شيء دون أمره . وأصل الافتيات الافتوات ، لانه من الفوت أجوف واوي ، فقلبت الواو ياء بتحركها وانكسار ما قبلها.

(بخلاف ما إذا كان فيه نظر) أي بخلاف ما إذا كان في أمان هذا الواحد من الجيش

لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذوراً . ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم ، وكذا لا ولاية له على المسلمين ، قال ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما ، والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح .

نظر للمسلمين ومصلحة لهم من حيث لا يؤدبه الإمام (لانه) أي لان هذا الواحد لو انتظر إلى رأي الإمام (ربما تفوت المصلحة بالتأخير) أي بتأخير الامان (فكان هذا الواحد معذوراً) في الإقدام على الإمام .

(ولا يجوز أمان ذمي لانه متهم بهم) لانه من جملتهم وإن حضر لمعونة المسلمين ، وهو متهم في حقنا لانه في تقوية الكفر . وعن مالك يصح أمانه لإن له ذمة **فكان تابعاً** للمسلمين ، والمشهور عنه أنه لا يصح (وكذا لا ولاية على المسلمين) لانه لامانه ولاية وهي نفاذ قول على الغير ، ولا ولاية للكافر على أهل الإسلام ، قال الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ، فلا يصح أمانه .

(قال ولا أسير ولا تاجر) أي ولا يصح أيضاً أمان أسير ولا أمان تاجر (يدخل عليهم) أي على أهل الحرب (لانهما مقهوران تحت أيديهم) لان الامان لدفع الخوف (ولا يخافونهما) أي ولا يخاف أهل الحرب من الاسير والتاجر (والامان يختص بمحل الخوف) والاسير والتاجر ليسا بمحل الخوف لانهما مقهوران (ولانهما) أي ولان الاسير والتاجر (يجبران عليه) أي على الامان إذا احتاجوا إليه (فيعرى الامان عن المصلحة) لان الامان شرح لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في أمان حصل عن إكراه مفسد للتراضي (ولانهم) أي ولان أهل الحرب (كلما اشتد الامر عليهم) من ضيق الحصار وشدة الحال (يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون) عند الشدائد (بأمانه) أي بأمان الاسير أو التاجر (فلا ينفتح لنا باب الفتح) لانه ينسد بالامان فيؤدي إلى سد ركن الجهاد .

ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ، ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة «رح» إلا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد « رح» يصح وهو قول الشافعي وأبو يوسف «رح» معه في رواية ، ومع أبي حنيفة « رح» في رواية . لمحمد « رح » قوله عليه السلام أمان العبد أمان ، رواه أبو موسى الأشعري « رض» ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال ،

(ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا) أشار به إلى قوله والامان يختص بمحل الخوف (ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه) من القتال (عند أبي حنيفة الا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد يصح وهو قول الشافعي) وبه قال محمد ومالك وأحمد (وأبو يوسف معه) أي مع محمد (في رواية) وهي رواية الكرخي (ومع ابي حنيفة في رواية) وهي روايه الطحاوي وهو الظاهر عنه ، واعتمد عليه في المبسوط .

(لمحمد قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (أمان العبد أمان ،رواه أبوموسى الاشعري رضي الله عنه) هذا الحديث غريب وإسم أبي موسى عبد الله بن قيس . وروى إبن أبي شيبة في مصنفه حديثاً طويلاً عن فضيل بن يزيد الرقاشي وفيه أجاز عمر أمانه ، أي أمان العبد . وروى البيهقي بإسناد ضعيف عن علي رضي الله عنه مرفوعاً ليس للعبد من الغنيمة الا خرثي والمتاع وأمانه جائز ، وأمان المرأة جائز اذ هي أعطت القوم الامان . قوله خرثي من المتاع بضم الخاء المعجمة وسكون الراء و كسر الثاء المثلث وتشديد الياء آخر الحروف . قال ابن الاثير الخرثى اثاث البيت ومتاعه ، واستدل الاترازى لمحمد بقوله عليه السلام ويسعى بذمتهم أدناهم وأدنى المسلمين العبد فيصح أمان العبد كيف بان لإطلاق الحديث .

(ولأنه) أي ولأن العبد (مؤمن ممتنع) يعني ذو قوة وامتناع ، يعني له بنية صالحة للقتال (فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال) والجامع على كلمة الله ودفع بشر

وبالمؤبد من الأمان فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هـــذه الحالة ، وإنما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ، ولأبي حنيفة «رح» أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله ،

الكفار (وبالمؤبد من الأمان) يعني واعتبار بالمؤبد بالياء الموحدة ، يعني عقد الذمة ، فإن الحربي إذا عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح ، وهذا العقد والقبول من العبد ويصير ذمياً بالاتفاق حتي يجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عـــن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك (فالإيمان) مرفوع على الإبتداء، وخبره محذوف ، أي شرطه يعني شرط الإيمان في قولنا ، ولأنه مؤمن يصح أمانه (لكونه)أي لكون الإيمان (شرطاً للعبادة والجهاد عبادة والامتناع) أي الامتناع شرط أيضاً (ليتحقق

إزالة الخوف به) أي بالامتناع (والتأثير) يعني في صحة قياس العبد المحجور على المأذون له . (إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هذه الحالة) أي حالة المصلحة وهو الأمان في الحر ، فإذا وجد في المحجور عليه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة (وإنما لا يملك المسابقة) جواب عما يقال الأصل في الجهـاد هو المسابقة ، وهي المضاربة بالسوء وهؤلاء يملكه ، فكذا لا يملك الأمان أيضاً . وتقرير الجواب أنـه لا يملك المسابقة (لما فيها) أي في المسابقة (من تعطيل منافـع المولى) وهؤلاء يملك ذلك (ولا تعطيل) أي لمنافعه (في مجرد القول) وهو ظاهر .

(ولأبي حنيفة أنه) أي أن العبـــد (محجور عن القتال ، فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه) أي لأن أهل الحرب سراي العبد (فلم يلاق الأمان محله) ومحله الخـوف . وقال الأكمل قوله ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال يصح أن يكون ممانعة ، وتقريره

بخلاف المأذون له في القتال ، لان الخوف منـــه متحقق ، ولانه إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه ، والامان نوع قتال ، وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطىء ، بل هو الظـــاهر ، وفيه سد باب الاستغنام ، بخلاف المأذون لانه رضي به

لا نسلم وجود الامتناع ، لأن الامتناع انما يكون لإزالة الخوف وهم لا يخافونـــه وأن يكون معاوضة وهو الظاهر من كلام المصنف . تقريره أنه محجور عـــن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه ، وفيه نظر ، فإن الخوف أمر باطني الا دليل على وجوده ولا على عدمه ، فان الكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه .

والجواب أن ذلك يعلم بترك المسابقة فانهم لما أرادوا شيئاً مقتدراً على القتال مـــع المقاتلين ولا يحمل سلاحـــاً ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع من ذلك ممن له المنع . ولو قال المصنف أنه ممنوع عن القتال والأمان نوع قتال لكان أسهل اثباتاً لمذهب أبي حنيفة فتأمل .

(بخلاف المأذون له في القتال ، لأن الخوف منه متحقق) فصح أمانه (ولأنه) أي ولأن العبد المحجور وهو عطف على قوله لأنهم لايخافونه (انما لا يملك المسابقة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه) أي في حق المولى (والأمان نوع قتال ، وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطىء) أي لان العبد قد يخطىء في القتال لعـــدم ممارسته بأمر الحرب (بل هو الظاهر) لان اشتغاله بخدمـــة المولى يمنعه عن التعلم بأدب الحرب .

(وفيه) أي وفي الامان (سد باب الاستغنام) أي عـــلى المسلمين وذلك ضرر في حقهم ، فاذا كان ممنوعاً الضرر للمولى ، فكيف يصح منه مـــا يضر المولى والمسلمين ، توضيحه أن أمانه لو صح يحرم القتال بالاستغنام بعد ذلك ، والاستغنام الكتاب مال مباح فيعد صحة الامان لا يبقى للمولى استعمال عبده في الاستغنام وهو ضرر للمولى لا محالة .

(بخلاف المأذون لانه رضي به) اي بخلاف امان المأذون ، لان المولى رضي له اي

والخطأ نادر لمباشرته القتـــال ، وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ، ولانه مقابل بالجزية ، ولانـــه مفروض عنـــد مسألتهم ذلك ، واسقاط الفرض يقع فافترقا .

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون

بأمانه (والخطأ نادر) اي الخطأ من المأذون نادر (لمباشرته) اي لمباشرة المأذون (القتال) لانه لما باشره عرف مصلحة الامان فكان الخطأ نادرا .

(وبخلاف المؤبد) اي الامان المؤبد وهو عقد الذمة ، وهو جواب قول محمد والمؤبد بالامان (لانه) اي لان الامان المؤبد (خلف عن الإسلام) اى من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به السلام الحربي (فهو بمنزلة الدعوة اليه) اى الى الاسلام ، وهي نفـــع للمسلمين لا ضرر فصح ذلك الامان كذلك .

(ولأنه) أي ولأن الأمان المؤبد (مقابل بالجزية) وفيه نفع للمسلمين (ولأنـــه) أي ولأن الأمان المؤبد (مفروض) أي فرض (عند مسألتهم) أي مسألة أهل الحرب(ذلك) أي الأمان . وقال الأترازي هنا يعني إذا طلب الحربي الإسلام عليه من المحجور يفترض عليه الفرض . وقال الأكمل ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك ، يعني أن الكفـار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض عليه على الإمام إجابتهم إليه (وإسقاط الفرض يقع) وقال تاج الشريعة إذا طلبوا يفترض على الإمام إجابتهم ، فيكون العبد مسقطاً الفرض ، وإسقاط الفرض يقع لكونه منجياً من العذاب ولا كذلك الأمان ، لأنه ليس فيه إسقـاط الفرض (فافترقا) أي افترق أمان العبد المحجور عليه عن القتال ، وأمان المأذون له بالقتال أو افترق الأمان الموقت من المحجور عليه عن القتال الأمان والمؤبد منه .

(ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) أي أمانه (كالمجنون) في عدم صحة أمانه، وبه قالت الثلاثة . وقال الناطقي في الأجناس نقلاً عن السير الكبير قال محمد الغلام الذي راهق وهو يقبل الإسلام ويضمن جاز أمانه ، ثم قال وهذا قوله ، وأما عند أبي حنيفـة وأبي يوسف فلا يجوز . وقال في كتاب النهي لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند

وإن كان يعقل وهو محجور عن القتـــال ، فعلى الخلاف ، وإن كان مأذوناً له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق .

أبي حنيفة ، وعند محمد يجوز إذا كان يقبل الإسلام وصفاتـــه (وإن كان) أي الصبي (يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف) أي الخلاف المذكور في العبد المحجور فعند أبي حنيفة لا يصح أمانه ، وعند محمد يصح ، وبه قال مالك وأحمد في وجه ، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه .

(وإن كان) أي الصبي (مأذوناًفيالقتال فالأصحأنه يصحبالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا وليس على الخلاف،لأنه يصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن.

فائدة : وألفاظ الأمان للحربي لا تخف ولا تؤجل « أو مترس » بالفارسيـــة يعني لا تخف ولكم عهد الله وذمة الله ، أو يقال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير .

* * *

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الامام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر إن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر رضي الله عنـــه بسواد العراق

(باب الغنائم وقسمتها)

أي هذا باب في بيان أحكام الغنائم ، وهي جمع غنيمة ، والغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة . والفيء اسم المال يؤخذ منهم بغــير قتال كالخراج والجزية ويخمس الغنيمة وأربعة أخماسه للغانمين، والفيء لا يخمس ، بل هو الكافة للمسلمين والعقل ما يخص الإمام الغازي زيادة على سهمه .

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين الغانمين) أي فهذا ليس بتفسير لعنوة لغة ، لأن عنا يعنو بمعنى ذل وخضع ، وهو لازم ، وقهر متعد بــل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن ، لأن من الذلة يلزم القهــر ، أو أن الفتح بالمذلة ملتزم للقهر . قوله قسمه أي قسم البلدة بتأويل البلد ، وإلا كان ينبغي أن يقال قسمهـــا (كما فعله رسول الله ﷺ بخيبر) أخرجه أبو داود في مسنده عن يحيى بن زكريا عن يحيى ابن سعيد عن بشير بن بشار عن سهل بن خيثمة قال قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفـــاً لنوائبه ونصفاً بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانيـــة عشر سهماً (وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج، كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق) أخرجه ابن سعد في الطبقات بإسناده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه بعث عثمان بن حنيف على خراج السواد ... الحديث ، وفيه أن أفرض الخراج على كل حربي إلى أن قال

بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمـــد من خالفه ، وفي كل من ذلك قدوة فيتخير

وأفوض على رقابهم على الموسرثمانية وأربعين درهماً وعلى من دون ذلك أربعة وعشرين درهماً وعلى من يجد شيئاً اثني عشر درهماً ... الحديث .

ورواه ابن زنجويه في كتاب الأموال كذلك ، وسمى سواد العراق لخضرة أشجـاره وزروعه . حده طويلاً من مدينة الموصل إلى عبادان عرضاً من العزيب إلى حلوان ، وهو الذي على عهد عمر رضي الله عنه وهو أطول من العراق وثلاثين فرسخاً .

(بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم) ما خالفه في ذلك إلا بلال وأصحابــه . وفي المبسوط من صحابة سلمان وأبا بردة فقالوا أقسم بيننا ، فإن الغنيمة حقنـــا ، وكان عمر رضي الله عنه يقول ما فعلت هو الحق ولم يدركوا الحكمة فيما فعل عمر رضي الله عنه ، وتمسكوا بالظاهر فيما فعل رسول الله ﷺ بخيبر ولم يكن فعله ذلك بأهل خيبر بطريـق الحتم ، إذ لو كان بطريق الحتم لما خالفه عمر رضي الله عنه ، وقد روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى زيد بن أسلم عن أبيه قال ، قال عمر رضي الله عنه لولا أخر المسلمين مافتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر ، ولما لم يرجع بلال وأصحابه عما قالوا ولم يتركوا المنازعة مع عمر رضي الله عنه دعى عمر عليهم .

وقال القاضي أبو زيد روي أن عمر قال اللهم اكفني بلالاً وأصحابه ، فحال الحول وما فيهم عين تطرف ما قواكلهم . وقال تاج الشريعة فدعى عليهم عمر رضي الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفني بلالاً وأصحابه فماتوا جميعاً قبل تمـام السنة ، وأشار المصنف إلى ذلك بقوله (ولم يحمدمن خالفه) أي من خالف عمر رضي الله عنه (وفي كل من ذلــك قدوة) أي من القسمة بين الغانمين وإقرار أهلها قدوة ، أي اتباع لما فعله عمر ومن وافقه من الصحابة ، فاذا كان كذلك (فيتخير) الإمام بين القسمة وإقرار أهلها عليها .

ولقائل أن يقول لا نسلم أن أحداً من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف مـا فعله رسول الله ﷺ إذا لم يصل إلى حد الاجماع . والجواب عنه من وجهين ، أحدهما أن فعل النبي ﷺ إذا لم يصل الى حد الاجماع يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أي جهـة فعله يحمل على

وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين ، والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني ، وهذا في العقار ،

أدنى منازل فعاله وهي الاباحة ، وحينئذ لا يستوجب لا محالة ، فاذا ظهر دليل صحابي جاز أن يعمل بخلافه ، قلت فيه **تأمل** . والآخر أن يقال فيه أن عمر رضي الله عنه قد علم من النبي ﷺ أن مافعله بأهل خيبر لم يكن على وجه الحتم كما ذكرناه الآن .

الوجه الثاني : أنه على تقدير أنه عليه السلام فعل ذلك وجوباً ، فان عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطاً من قوله تعالى ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ بعد قوله تعالى ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى ﴾ ٧ الحشر ، فيكون ثابتاً باشارة النصب وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير في خصال الكفارة فعل النبي ﷺ أحدهما وفعل عمر رضي الله عنه الآخر ، هذا **الذي ذكره الأكمل** .

وقال صاحب النهاية روي أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة مراراً ثم جمعهم فقال أما اني تلوت آية من كتاب الله أستغنيت بها عنكم ، ثم تلى قوله تعالى ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ﴾ الى قوله ﴿ للفقراء المهاجرين ﴾ الى قوله ﴿ **والذين تبوؤوا** الدار ﴾ وهكذا قرأ عمر رضي الله عنه الى قوله ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ ثم قال أرى من بعدكم في هذا الفيء نصيباً ، ولو قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم نصيب ، قسمها عليهم وجعل الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم ليكون لهم ولمن يأتي من بعدهم من المسلمين ولم يخالفه على ذلك الا نفر منهم بلال ولم يحمدوا على خلافه .

(وقيل) في التوفيق بينهما (الأولى) أي القسمة كما فعل رسول الله ﷺ (هو الأول عند حاجة الغانمين) أي عند **احتياجهم** اليها ، وفي بعض النسخ وقيل الأول هو الأولى .

(والثاني) أي قرار أهل البلد عليه بالمن ووضع الجزية والخراج كما فعل عمر رضي الله عنه (عند عدم الحاجة) أي حاجة الغانمين إليها (ليكون عدة في الزمان الثاني) أي في الذي يأتي بعدهم (وهذا) أي إقرار أهل البلد على بلدهم بالمن (في العقار ،

وأما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد بـــه الشرع فيـه ، والعقار خلاف الشافعي « رح » لان في المن ابطـال حق الغانمين أو ملكهم ، فلا يجوز من غير بدل يعادله ، والخراج غير معادل لقلته ، بخلاف الرقاب ، لان للامام أن يبطـــل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه ، ولأن فيه نظراً لهم لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين

أمـــا في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد الشرع به) بأن يدفـــع إليهم مجاناً ويقسم به عليهم ، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المن عليهـــم في المنقول بطريق التبعية بالعقار على ما يأتي عن قريب .

(وفي العقار خلاف الشافعي) فإن عنده لا يجوز اقرار أهل البلد على بلدتهم بالمن في العقار ، بل يقسم الأرض أيضاً ولا يتركها في أيديهم،وبه قال أحمد، وعن مالك يقسمها، وعنه كقولنا (لأن في المن ابطال حق الغانمين) أي عندنا لأنه لا يثبت الملك قبل الإحراز بدار الإسلام (أو ملكهم) أي أو ابطال ملكهم عند الشافعي ، لأن الغنيمة تملك عنده قبل الإحراز بالدار (فلا يجوز) أي المن (من غير بدل معادلة) أي معادلة حق الغانمين وان قبل الخراج معادلة ، أجاب بقوله (والخراج غير معـادل) أي يعادل حق الغانمين فإن قيل الخراج يعادله، أجاب بقوله والخراج غير معادل (لقلته) فإن قيل فالحـــق اذ الملك ثبت في رقابهم أيضاً وجاز أن يقسمها .

فأجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً) يعني بالكلية (بالقتل) فكذا له أن يبطل بالخلف وهو الجزية،وهذا لأنها خلقت في الأصل حراً ، والملك يثبت معارضاً،فالإمام اذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل، فإذا جعلهم أحراراً فقد بقي حكم الأصل فكان جائزاً .

(والحجة عليه) أي على الشافعي (ما روينا) أي من فعل عمر رضي الله عنه بموافقة الصحابة (ولأن فيه) أي في اقرار أهله عليه (نظراً لهم) أي للمسلمين (لأنهم) أي لأن الكفار يكونون (كالأكرة) بفتح الهمزة والكاف والراء،أي المزارعين (العاملة للمسلمين

العاملة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد الخراج وإن قل حالاً فقد جل مآلاً لدوامه. وإن من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة. قال وهو في الاسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عليه السلام

العاملة بوجوه الزراعة) حاصل الكلام أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في اقرار أهلها عليها ، لانه لو قسمها بين الغانمين اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد ، وكان يكره العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً ، فاذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالأكرة المزارعين للمسلمين القائمة بوجوه الزراعة (والمؤنة) أي مؤن الزراعة (مرتفعة) عن الإمام وعن المسلمين (مع أنه يحظى) بالظاء المعجمة (به الذين يأتون من بعد) قال شيخنا هذا إشارة الى قوله تعالى ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ .

(والخراج وان قل) هذا جواب عن قول الشافعي ، والخراج غير معادل لعلته ، تقدير الجواب أن الخراج وان قل (حالاً) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنته (فقد جل) بالجيم (مآلاً) أي في المستقبل (لدوامه) في وجوبه كل سنة (وانمن) أيالإمام (عليهم) أي على الكفار (بالرقاب والأراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل) لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأراضي الا بأسباب الزراعة ، فلا بد من أن يدع لهم بابه يتقون على ذلك (ليخرج عن حد الكراهة)معناه ما قال الإمام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذراري وسائر الأموال جاز ، ولكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون الأموال ولا يقالهم بدون ما يمكن مرجئة العمر الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأرض، لأن عمر رضي الله عنه لم يفعل ذلكوهو الامام في هذا الكتاب وفيه تعذيب الحيوان بلا فائدة .

(قال) أي الامام ، وفي بعض النسخ قال القدوري (وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لأنه عليه السلام) أي لأن النبي ﷺ قتلهم ، أخرج البخاري ومسلم عن الزهري عن

قد قتل، ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم، لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الاسلام، وإن شاء تركهم إحرازاً ذمة للمسلمين لما بينا . إلا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين إن شاء الله تعالى ، ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب ، لان فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا

أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ دخل عام الفتح وعلى رأسه مغفر ، فلما نزعه جاء رجل فقال يا رسول الله من جعل متعلقاً بأستار الكعبة ، فقال اقتلوه ، زاد البخاري وقال مالك ولم يكن النبي ﷺ فيما نرى والله أعلم يومئذ محرماً . وأخرج أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير أن رسول الله ﷺ (قد قتل) يوم بدر ثلاثة من قريش صبراً : مطعم ابن عدي، والنفس بن عدي وهو غلط ، وانما هو طعمة بن عدي وهو أخو مطعم ، وأهل المغازى ينكرون قتل مطعم بن عدى يومئذ ويقولون مات بمكة قبل بدر ، والذى قتل يوم بدر هو أخوه طعمة ولم يقتل صبرا وانما قتل في المعركة والله اعلم .

(ولأن فيه) اى في قتل الأسارى (حسم مادة الفساد) اى قطع مادته (وان شاء) اى الأمام (استرقهم لان فيه) اى في استرقاقهم (دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الاسلام ، وان شاء تركهم إحرازاً ذمة المسلمين لما بينا) اى فعل عمر رضي الله عنه .

فان قيل ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ ينافي ترك قتلهم فلا يجوز . اجب بأنه ترك العمل به في حق اهل الذمة والمستأمن ، هكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه . وقال الاترازى واما جعلهم اهل ذمة على الجزية توضع الجزية والخراج فلماروي عن عمر رضي الله عنه انه فعل كذلك بأرض السواد ، وهو معنى قوله لما بينا ، لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وغير المرتدين لانه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية ولايقبل منهم إلا الاسلام او السيف واشار اليه المصنف بقوله : (الا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين) اى في باب الجزية (ان شاء الله تعالى) .

(ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا) أي

لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه ، وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعــد انعقاد سبب الملك ، بخلاف إسلامهم قبل الاخذ ، لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين ، وهو قول الشافعي « رح » ، لان فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به ،

فإن أسلم الأسارى بعد الأسر (لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه) أي بــدون القتل ،لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد حصل ذلك بالإسلام بدون القتل ، فلا حاجة إليه، لكن يجوز استرقاقهم وهو معنى قوله (وله) أي للإمام (أن يسترقهم توفيراً للمنفعة)للمسلمين (بعد انعقاد سبب الملك) وهو أخذهم وهم كفار (بخلاف إسلامهم قبل الأخـذ) حيث لا يجوز استرقاقهم (لأنه لم ينعقد السبب بعد) أي سبب الملك وهو الاستيلاء الأخــذ بعد الإسلام .

(ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة رحمه الله) المفاداة تكون بين اثنين ، لأنه من باب المفاعلة ، يقال فاداه إذا اطلقه وأخذ فديته ،كذا قاله المطرزي وقيد الأسيراستنقاده بنفس أو مال، والفدية اسم ذلك المال ، وجمعها فدى ، وفديات . وعن المبرد المفاداةأن يدفع رجلا ويأخذ رجلا والفداء أن يشتريه ، وقيل هما بمعنى . وقال ابن الأثير الفــداء بالكسر والمد والفتح مع القصر فكاك الأسير ، يقال فداه يفديه فداء وفدى وفاداهيفاديه مفاداة إذا أعطى فداءه وأنقذه . وفاداه بنفسه وفداه إذا قال له جعلت فــداك . وقيل المفاداة أن يفتدى الأسير بأسير مثله علم أن أخذ الفدية بمقابلة إطـــلاق أسارى المشركين لا يجوز عند أبي حنيفة وهو المشهور عنه .

(وقالا يفادي بهم) أي الأسارى التي في أيدينا(أسارى المسلمين وهو قول الشافعي) وقول مالك وأحمد إلا بالنساء، فإنه لا يجوز المفاداة بالنساء عندهم ، ومنع أحــد المفاداة بصبيانهم (لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والإنتفاع به) أي أولىمنقتل الكافر الأسير في أيدينا والإنتفاع بالكفر .

وله أن فيه معونة الكفرة لانه يعود حرباً علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم ، لانه إذ بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا ، والاعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا ، أما المفاداة بمال يؤخذ منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن فيه) أي في فداء أسارى المسلمين (بهم معونة للكفرة) وفي بعض النسخ تقوية (لأنه) أي الأسير الذي يدفع إليهم (يعود حرباً علينا ودفع شره وشر حرابه من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء من الله تعالى في حقه) حال كونه (غير مضاف إلينا) أي إلى فعلنا ز والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضافة إلينا) بطريق التسبب فلا يجوز .

فإن قلت حديث الطحاوى في شرح الآثار عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ فادى برجل من العدو رجلين من المسلمين . قلت هو منسوخ بدليل ما أخبر عمران بن حصين في شرح الآثار أيضاً ،تفسيره أن النبي ﷺ فدى بذي المأسور بعد أن أقر بالإسلام ، وقد نسخ أن يرد أحد من أهل الإسلام إلى الكفار ، بقوله تعالى ﴿ فلا ترجعوهن إلى الكفار ﴾ ١٠ الممتحنة .

(أما المفاداة بمال يؤخذ منهم) أي يأخذه الإمام من الكفار (لا يجور في المشهور من المذهب لما بينا) أي بقوله أن فيه معونة للكفرة (في السير الكبير) عن محمد (أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر) فإنه عليه السلام فادى أسارى بدر بالمال والفداء وكان أربعة آلاف درهم ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال الأترازي وهذا الإستدلال عجيب مع نزول الآية بالانكار على المفاداة. قلت وهي قوله تعالى ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب ﴾ ٦٨ الأنفال ،فقال ﷺ لو نذر العذاب ما نجى منه إلا عمر ، لأن عمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل .

ولو أسلم الاسارى في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لانه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه . قال ولا يجوز المن عليهم ، أي على الاسارى خلافاً للشافعي « رح » ، فإنه يقول منّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر . ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٦٦ النساء ، ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض ،

(ولو كان أسلم الأسارى في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد) لأنه لا فائدة في تخليص المسلم بالمسلم (إلا إذا طابت نفسه بـه) أي إلا إذا رضي بذلك نفس الإسير المسلم (وهو مأمون على إسلامه) لا بخلاف عليه بالردة وينبغي أن يكون هـذا على قوله لأن في المشهور عند أبي حنيفة «رح» ، لأنها لا يهادى الأسير بالنفس ولا بالمال .

(قال) أي القدوري (ولا يجوز المن عليهم) هذا قول القدوري ، وقوله (أي على الأسارى) من كلام المصنف رحمه الله ، والمن هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجاناً بـدون إجراء الأحكام عليهم من القتل أو الإسترقاق أو تركهم ذمة المسلمين (خـلافاً للشافعي «رح» ومالك وأحمد ، وقال الشافعي حكمهم أحد الأمور الأربعـة القتل والاسترقاق والفداء بالأسارى أو بالمال أو المن ، وعندهما أحد الأمور الثلاثة ولا يجوز المن. وعند أبي حنيفة أحد الأمرين القتل أو الاسترقاق ولا يجوز الفداء أو المن

(فإنه) أي فإن الشافعي (يقول منّ رسول الله عليه السلام على بعض الأسارى يوم بدر) وروي أنه عليه السلام من على أبي عزة الجمحي يوم بدر .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٦٦ النساء ، ولأنـه) أي ولأن المأسور كذا قاله الكاكي ، والأولى أن يقال ولأن الشأن (بالاسر والقسر) أي القهر (ثبت حق الإسترقاق فيه) أي في المأسور (فلا يجوز إسقاطه) أي إسقاط الحق (بغير منفعة وعوض) كسائر الاموال المقسومة ، ولان في ذلك تقوية لهم على المسلمين فلا يجوز كرد السلاح إليهم .

وما رواه منسوخ بما تلونا . وإذا أراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها إلى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها . وقال الشافعي « رح » يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة . ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء

(وما رواه) أي الشافعي (منسوخ بما تلونا) وهو قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ لانه متأخر نزل بعد ذلك ، لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ فكان ناسخاً لما تقدم كله.

ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الاسير قياساً عليهم ، أو لحديث أبي عزة أو غيرهما . والجواب أن قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير ،وهي المناط وكذا المستأمن لعدم استحقاق رقبته ، وحديث أبي عزة متقدم على الأئمة وغيرها غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص شيء من ذلك .

(وإذا أراد الامام العود) أي إلى دار الإسلام (ومعه مواشي) جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم (فلم يقدر على نقلها) أي على نقل الماشية (إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها كما[1] قال الشافعي يتركها) وبه قال احمد «رح» ، وقال مالك يجوز عقرها لا إحراقها (لانه عليه السلام) أي أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة) هذا غريب ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن فضل عن يحيى بن سعيد قال حدث أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشاً ... الحديث،وفيه لا يعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة بفتح الكاف وضمها مصدر الاكل .

(ولنا أن ذبح الحيوان يجوز بغرض صحيح،ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء)

---

(١) وقال — هامش

ثم يحرق بالنـــار لينقطع منفعته عن الكفار ، وصار كتخريب البنيان ، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه ، وبخلاف العقر لأنه مثله وتحرق الأسلحة أيضاً وما لا يحترق منها يدفن موضع لا يطلع عليه الكفار ابطالاً للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام . وقـــال الشافعي « رح» لا بأس بذلك، وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بـــدار الإسلام عندنا ، وعنده

وإلحاق الغيظ فتذبح (ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفـــار ، وصار كتخريب البنيان) والجامع قطع المنفعة عنهم (بخلاف التحريق قبل الذبح) حيث لا يجوز (لانه منهي عنه) أي لان الحرق بالنار منهي عنه وفيه أحاديث منها مارواه البخاري عـــن سليمان بن يسار عن أبي هريرة بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال إن وجدتم فلاناً وفلاناً فأحرقوهما ، فلما خرجنا دعانا رسول الله ﷺ فقال إن وجدتم فلاناً وفلاناً فاقتلوهما ولا تحرقوهما ، فإنه لا يعذب بها إلا الله ، وأخرجه الترمذي في مسنده وسمى الرجلين فقال فيه إن وجدتم هباز بن الاسود ونافع بن عبد القيس .

(وبخلاف العقر) حيث لا يجوز (لانه مثله) وهو حرام (وتحرق الاسلحة أيضاً) لقطع قوتهم هذا إذا كان الامام لا يقطع من إخراجها إلى دار الاسلام ، وكانت مما يحرق بالنار (وما لا يحترق منها) بأن كان من الحديد (يدفن في موضع لا يقدر [1] عليه الكفار إبطالاً للمنفعة عليهم)لانه قطع قوتهم بهذا السلاح يكون بالدفن .

(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك) أي بالقسم في دار الحرب بعدما انهزم المشركين ، وبه قال أحـــد ، وقال مالك يعجل قسمة الاموال في دار الحرب ويؤخر قسمة السبي إلى دار الاسلا م (وأصله) أي اصل الخلاف (ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده) اي

---

(١) يطلع – هامش.

يثبت ويبتني على هـــذا الأصل عدة من المسائل ، ذكرناها في كفاية المنتهى له أن سبب الملك الإستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد ، وقـــد تحقق .
ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب ، والخلاف ثابت فيه ، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ، ولأن الإستيلاء اثبات اليـــد الحافظة والناقلة ،

وعند الشافعي (يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل) منها ان احداً من الغانمين إذا وطىء امة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عنده وصارت الأمة ام ولد ، وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر ويقسم الأمة والولد والعقر بين الغانمين ، ومنها البيع لو باع الإمام او واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة لا يجوز عندنا خلافاً لهم. ومنها الارث إذا مات اخذ الغزاة بدار الحرب لا يورث منه عندنا خلافاً لهم. ومنها لو لحق المدد قبل القسمة لا يشاركه عندهم ويشاركه عندنا ، ومنها لو اتلف واحد شيئاً من المغنم قبل الإحراز لا يضمن عندنا خلافاً لهم (ذكرناها في كفاية) بتوفيق الله ، اراد بالكفايـــة كفاية (المنتهي) وهو كتاب معدوم لم يقع في ديار العراق والشام ومصر .

(له) اي للشافعي (ان سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيد)[1] والاحتطاب(ولا معنى للإستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق) أي الإستيلاء .

(ولنا أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب) هـــذا غريب ليس له أصل (والخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي (ثابت فيه) أي في البيع فمن حرم البيع القسمة (والقسمة بيع معنى) أي من حيث المعنى لاشتمالها على الأفراد والمبادلة لا محالة (فتدخل تحته) أي فتدخل القسمة تحت البيع ، فكـــما لا يجوز البيع لا تجوز القسمة .

(ولأن الإستيلاء اثبات اليد الحافظة) وهي اليد التي يثبت بها حفظ العين (والناقلة)

---

(١) الصيود – هامش .

والثاني منعـدم لقدرتهم على الإستنقاذ ووجوده ظاهراً . ثم قيـل موضع الخلاف

أي وإثبات اليد الناقلة وهي التي تنقل العين من شخص إلى شخص ، قاله الأترازي . وقال الكاكي والناقلة بأن ينقله كيف شاء يتصرف فيه ، وقيل الناقلة بالإحراز الناقـــل إلى دار الإسلام .

(والثاني) أي إثبات اليد الناقلة (منعدم لقدرتهـــم) أي لقدرة الكفرة (على الإستنقاذ) أي الاستخلاص لأنهم قاهرون بالدار معنى لأنها في أيديهم (ووجوده) بالجر عطف على قوله لقدرتهم ، أي لوجود الاستنقاذ (ظاهراً) لكون الدار في أيديهم ، لأن الدار إنما يضاف إلينا أو إليهم باعتبار القوة والاستيلاء وأما بقيت هذه البقعة منسوبـــة إليهم عرف أن القوة لهم ، ألا ترى أنه يحل للامام أن يرجع إلى دار الإسلام ويترك هذه البقعة في أيديهم والقوة على الاسترداد ظـاهر يمنع ثبوت يد المسلمين ، بخلاف مـــا إذا فتحت البلدة ، لأنها صارت دار الاسلام لفتحها وإجراء الأحكام فيها ، فكان فتح البلدة كالإحراز بدارنا إليـه أشار في المبسوط وفي السير الكبير دار الحرب الأرض التي يخاف فيها المسلمون من أرض العدو . ودار الاسلام ما غلب عليها المسلمون وكانوا فيه آمنين .

(ثم قيل موضع الخلاف) قال الأكمل أي أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة من الامام بدون الاجتهاد هل ثبت الملك لمـن وقت القسمة في نصيبه من الأكل والوطىء وسائر الانتفاع أو لا ، فعنده يثبت ، وعندنا لا يثبت. وقال الأترازي قوله ثم قيل موضع الخلاف يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب .

قال بعض المشايخ المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة كامتياز الملك عن ملك الغير أو مبادلة الملك بملكه على وجه يظهر أثره في حـــق الوطء ونفاذاً كالبيع والهبة وغير ذلك . وقال بعضهم المراد منه الكراهة بدونه ، أي بـدون الملك ، انتهى . قلت تفسير الأكمل يشعر بأن مضى قوله ثم قيل موضع الخـــلاف ، أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي . وتفسير الأترازي يشعر بأن المراد من موضع الخـلاف إختلاف المشايخ للنظر عن خلاف الشافعي، والذي قاله الأكمل أوجه على ما لا يخفى لأنه

ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد، لأن حكم الملك لا يثبت بدونـــه، وقيل الكراهة تنزيه عند محمد «رح»، فإنه قال على قول أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» لا تجوز القسمة في دار الحرب. وعنـــد محمد «رح» الأفضل أن يقسم في دار الإسلام.

لا خلاف بيننا وبينه فيما إذا قسم الامام عن اجتهاد أنه يجوز.

والخلاف فيما إذا قسم الامام لا عن اجتهاد كما صرح به المصنف بقوله (تلاترتب الأحكام على القسمة) ارتفاع ترتب الأحكام على أنه خبر لقوله مع منع الخلاف، وأراد بالأحكام أحكام الملك،وهي سائر الانتفاعات بالملك (إذا قسم الامام لا عن اجتهاد) قيد به لأنه إذا قسمها عن اجتهاد، جاز بالاتفـــاق، وإنما قيد بهذا ليظهر موضع الخلاف.

(لأن حكم الملك لا يثبت بدونه) أي بـــدون الملك، معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة وقصده مترتبة بهذه القسمةالصادرة لا عن اجتهاد، فيلزم منه ثبوت الملك، وعندنا ليست بمترتبة، فدل على أن الملك لم يكن ثابتاً، وهـــذا لأن الملك عليه لترتب الأحكام، وقد وجد المعلول فيلزم وجـــود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلوم، وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم من عـــدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول.

(وقيل الكراهة) أي قيل حكم قسم الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهـــة لا عدم الجواز، لما أن في القسمة من قطع شركة المراد فنقل بها عقبهم في اللحوق بالجيش، ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكون العدو على بعضهم، وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة، فلا يمنع جوازها. ثم أشار المصنف إلى الخلاف في الكراهة، بل هي كراهة تنزيـــه أو كراهة تحريم، فقال (وهي كراهة تنزيه عند محمد، فإنه قال) فإن محمداً قال في السير الكبير (على قول أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» لا يجوز القسمـــة في دار الحرب. وعند محمد «رح» الأفضل أن يقسم في دار الاسلام) وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول

ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز ، فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة . قال والردء والمقاتل في العسكر سواء

محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور ، فإنـــه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية من أصحابنا .

وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف ، وأيضاً قوله على قـول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل بالكراهة . وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ، والمخلص عنه إنهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب ، فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الأحكام المترتبة على القسمة . وقال بعضهم المراد به الكراهة ، وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين فافهم .

(وجه الكراهة أن دليل البطلان) أي دليل بطلان القسمة (راجح) على دليـــل جوازها لعدم تمام الاستيلاء (إلا أنه) أي أن دليل البطلان (تقاعد عن سلب الجواز) إذ القسمة تجوز بالاجماع ، أما عنده فظاهر ، وأما عندنا إذا كانت عن اجتهاد ، نظيره قوله عليه السلام الهرة سبع ، فإنه لما تقاعد عن سلب الطهارة قلنا بعدم الكراهة ، وقوله عليه السلام الهرة ليست نجسة قلنا بالكراهة ثمة ، كذا هنا (فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة) لأنه لما لم يثبت نفي الجواز بالاتفاق تثبت الكراهة بمذكر هنا فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة نفي الكراهة ، لان الدليل المرجوح لما لم يبطل أصلاً حصل من معارضة الراجح والمرجـــوح الكراهة ، كما في صورة الهرة ، وهذا الذي ذكرنا من الكراهة عند عدم الحاجة ، أما لو احتاج القراءة إلى الانتفـــاع بالمتاع والثياب والدواب قسمها بينهم في دار الحرب لتتحقق الحاجة .

(قال) أي القدوري (والردء) بكسر الراء وسكون الدال المهملة ، وفي آخـــره همزة وهو العون يقال رداه رداء أعانه ، والراء بالفتح مصدر ، والردء مرفوع بالابتداء ، وقوله (والمقاتل) عطف عليه ، وقوله (في العسكر) ظرف الاثنين ، وقوله (سواء) بالرفـــع

لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو بشهود الواقعة على ما عرف، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو لغيره لما ذكرنا، وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها، خلافاً للشافعي «رح» بعد انقضاء القتال، وهو بناء على ما مهدنا من الأصل. وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز، أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو بيعه المغانم فيها،

خبر المبتدأ، والقياس أن يقال سواء، ولكن جاء في الاستعمال بالافراد وأيضاً قال الجوهري وهما في هذا الامر سواء، وإن شئت سواءان وهم سواء للجميع هم أسواءهم سواسية، أي أشباه مثل ثمانية قياسها (لاستوائهم في السبب) أي سبب الاستحقاق (وهو المجاوزة) أي مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو بشهود الواقعة) عند الشافعي، والواقعة صدمة الحرب، كذا في مجمل اللغة (على ما عرف) أي في طريق الخلاف.

(وكذلك) أي وكذلك مستوى مع المقاتل في الحرب (إذا لم يقاتل) أحد منهم (لمرض) أي لاجل كونه مريضاً (أو لغيره) أى أو غير المريض بأن بعثه الامام إلى حاجة ولم يحضر الواقعة (لما ذكرنا) من الاستواء في السبب.

وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا للغنيمة إلى دار الاسلام شاركوهم فيها) أي شارك المدد العسكر في الغنيمة، وإنما أسند الفعل إلى ضمير الجماعة لأن المدد يقع على الجماعة (خلافاً للشافعي «رح» وبعد انقضاء القتال) فعنده إذا لحقوا بعد مضي الحرب وجمع الغنائم لم يشركوهم، وإذا لحقوا بعد مضي الحرب، وقيل إحراز الغنائم ففيه قولان (وهو) أي المذكور من الخلاف (بناء على ما مهدنا من الأصل) أن سبب ملك الغانمين تمام القهر، وذلك بالإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده بتمام الانهزام.

(وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز) بدار الاسلام (أو بقسمة الامام في دار الحرب) قبل إلحاق المدد (أو بيعه الغنائم[1] فيها) أي أو بيع الامام الغنيمة في دار

---

(١) المغانم — هامش.

لأن بكل واحـــد منها يتم الملك فينقطع حق الشركة المدد . قال ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا . وقال الشافعي « رح » في أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد . ولنا أنـــه لم يوجـــد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق

الحرب قبل إلحاق المدد (لأن بكل واحد منها) أي بكل واحد من هذه الأشياء الثلاثــة (يتم الملك) أي ملك الغزاة(فتنقطع شركة المدد) فلا يستحقون شيئاً .

(قال) أي القدوري (ولا حق لأهل سوق العسكر إلا أن يقاتلوا) أي ولا رضخ، وبه صرح في المبسوط ، فإذا قاتلوا استحقوا السهم ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول . وقال أشهب المالكي لا يستحق احد منهم شيئاً وإن قاتل لعدم قصده الجهاد .

(وقال الشافعي في أحد قوليه يسهم لهم لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (الغنيمة لمن شهد الوقعة) الصحيح أن هذا ليس بحديث مرفوع ، وإنما هو موقوف على عمر رضي الله عنه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه مطولاً ،حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه ... الحديث ، وفيه كتب عمر رضي الله عنه أن الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ورواه الطبراني في معجمه والبيهقي في سننه وقال هو الصحيح من قول عمر رضي الله عنه. (ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) أي سواد العسكر .

(ولنا أنه لم توجد المجاوزة) أي عن الدرب (على قصد القتال) لأن قصدهـــم التجارة لا إعزاز الدين ولا إرهاب العدو (فانعدم السبب الظاهر) وهو مجاوزة الدرب بنسبة القتال كما هو مذهبنا أو شهود الواقعة بنية القتال كما هو مذهب الشافعي، فإذا كان كذلك (فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق) أي يفيد القتال استحقاق

على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال، وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنـــه، وتأويله أن يشهدها على قصد القتال وإن لم تكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها. قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير

السهم (على حسب حاله) أي حال السوق حال كونه (فارساً أو راجلا عند القتال) إن قاتل فارساً فله سهم الفرسان ، وإن قاتل رجلا فله سهم الرجالة .

(وما رواه) أي الشافعي (موقوف على عمر رضي الله عنه) وقد ذكرناه ، فإذا كان موقوفاً عليه يكون كلام الصحابي وتقليل الصحابي ليس بحجة عنده ، فكيف يحتج بما ليس بحجة عنده علينا (وتأويله) أي وتأويل هذا الذي احتج به الشافعي إن صح (أن يشهدها على قصد القتال) أى لم يشهد الوقعة على نية القتال .

(فإن لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (يحمل عليها) أى على الحمولة (الغنائم) جمع غنيمة (قسمها) أى الغنائم (بين الغانمين قسمة إيداع) أى على وجه الوديعة لا قسمة تمليك (ليحملوها إلى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم) أى من الغانمين (فيقسمها) بينهم بعد ذلك .

(قال العبد الضعيف) أى المصنف رحمه الله (هكذا ذكر في المختصر) أى هكذا ذكر القدورى في مختصره حيث قال وإن لم يكن الامام حمولة ... إلى آخر ما ذكرنا من كلام المصنف (ولم يشترط) أى القدورى (رضاهم) أى رضاء الغانمين بل ذكره مطلقاً (وهو) أى القدورى ، ذكره القدورى مطلقاً (رواية السير الكبير) حيث قال فيه يكرههم على ذلك لكن بإجارة ، وهي رواية القدورى في مختصره لأن فيه دفع الضرر العام بالخاص ، ولأن منفعته عائدة إليهم فله أن يفعل ذلك لحقهم، فصار كما كول، فصار إلى تأول طعام الغير حيث يتناولها بالغنيمة .

والجملة في هذا أن الإمام إذا وجـد في المغنم حمولة يحمل على الغنائم عليها ، لأن الحمولة والمحمول مالهم ، وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة ، لأنـه مال المسلمين ، ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير ، لأنـه ابتداء إجارة ، وصار كما إذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص .

(والجملة في هذا) أي جملة الكلام في هذا الموضع (أن الامام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها ، لأن الحمولة والمحمول مالهم) من نظر حمل مالهم على مالهم (وكذا) أي حكم (إذا كان بيت المال فضل حمولة ، لأنه) أي لأن بيت المال (مـال المسلمين) فتحمل مالهم بمالهم .

(ولو كان) أي ما يحمل عليه (للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير) لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع بمال الغير إلا بطيبة من نفسه ، فيكون هذا خيراً على الاجارة ابتداء،وهو معنى قوله(لأنه ابتداء إجارة)فلا يجوز . قوله ابتداء إجارة احترازاً عن إجارة في حالة البقاء حيث تجوز الحرمة باتفاق الروايات . كمن استأجر سفينة شهراً فمضت المدة وسط البحر ، فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بغير رضى المالك باجر المثل، ذكره في المحيط .

(وصار كما إذانفقت دابة) أي كما إذا هلكت دابة إنسان (في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة) حيث لا يجبر على الحمل بأجر المثل بلا رضاه ، فكذا هذا (ويجبرهم) أي الامام (في رواية السير الكبير ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص) أي لأن الاجبار على الإجارة دفع الضرر العام بتحصيل الضرر الخاص آلة السفينة في وسط البحر، والدابة في وسط المفازة عند مضي مدة الإجارة أو مات صاحب الدابة أو السفينة ، فلأنه تبقي الإجارة والأجر من الغنيمة .

ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها. وفيه خلاف الشافعي « رح » وقد بينا الأصل. ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له بالغنيمة ، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته، لأن الإرشاد يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده ، وقال الشافعي « رح » من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه.

قال ولا بأس بأن يعلف

(ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب ، لأنه لا ملك قبلها) أي قبل القسمة ، ومع هذا إذا باع الإمام صح ، لأنه مجتهد فيه ، ذكره في شرح الطحاوي ، فعلم بهذا أن المراد بقوله لا يجوز بيع الغنائم الكراهة لا نفي ترتب الأحكام ، والكراهة أيضاً فيما إذا باع لا لحاجة الغزاة . وإذا باع لدفع حاجتهم فينبغي أن لا تكره ، لأنه مال أهل الحرب مباح ، وبالضرورة يستباح المحظور ، فلأن يستباح المباح والكراهة مع الإباحة (وفيه) أي وفي بيع الغنائم قبل القسمة (خلافاً للشافعي) فعنده يجوز ، لأن سبب الملك عند الإستيلاء (وقد بينا الأصل) أن الملك للغانمين قبل الاحراز بدار الإسلام لا يثبت عندنا خلافاً له .

(ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة . ومن مات منهم بعد إخراجها) أي بعد إخراج الغنيمة (إلى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لورثة الذي مات من الغانمين (لأن الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز) بدار الاسلام (وإنما الملك) يثبت (بعده) أي بعد الاحراز بدار الاسلام .

(وقال الشافعي رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده) أي عند الشافعي «رح» (وقد بيناه) أي في مسألة قسمة الغنيمة في دار الحرب.

(قال ولا بأس بأن يعلف) يقال علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب يضرب إذا

العسكر في دار الحرب ويأكلوا مما وجده من الطعام . قال العبد الضعيف أرسلــه ولم يقيد بالحاجة ، وقــد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى . وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الإنتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب . وجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوهــا ، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه ، وعلف ظهره

أطعمها العلف . وقال ابن دريد لا يقال أعلفها والدابة معلوفة وعليف ، والعلف بفتــح اللام كل ما أعلفه الدابة ، والعلف بسكون اللام مصدر كما ذكرناه . وقــوله (العسكر) بالرفع فاعل يعلف المفعول محذوف وهو الدابة ، ولفظ يعلف يــدل عليه ، لأن العلف يكون للدابة (في دار الحرب ويأكلوا ما وجده من الطعام) .

(قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (أرسله) أي القدوري يعني أطلقه (ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها) أي شرط الحاجة محمد «رح» (في رواية) وهي رواية السير الصغير (ولم يشترطها في الأخرى) أي في الرواية الأخرى ، وهي روايــة السير الكبير ، واختارها الكرخي في مختصره وتبعه القدوري حيث أطلقها .

(وجه الأولى) أي وجه الرواية الأولى ، وهي رواية السير الصغير (أنه) أي أن ما وجدوه من العلف والطعام (مشترك بين الغانمين ، فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة ، كما في الثياب والدواب) أي كما لا يباح الاستعمال في الثياب والدواب والسلاح إلا للحاجة .

(وجه الأخرى) أي وجه الرواية الأخرى وهي رواية السير الكبير (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها) هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة بإسناده عن عبد الله بن عمر رضي الله عنــه قال ، قال رسول الله ﷺ يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا (ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونــه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره) أي دابته . قال في الفائق

مدة مقامه فيها ، والميرة منقطعة ، فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة ، فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه ، والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت. قال ويستعملوا الحطب . وفي بعض النسخ الطيب ويدهن بالدهن

الظهر الراحلة . وقال في المغرب لفظ الظهر مستعار للدابة (مدة مقامه فيها) أي في دار الحرب (والميرة) أي الطعام (منقطعة فبقى على أصل الإباحة للحاجة) أي للاجتماع.

(بخلاف السلاح) حيث لا يستعمله (لأنه) أي لأن الغازي (يستصحبه) أي مستصحب السلاح (فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه) أي وقد تمس (الحاجة) إلى السلاح بأن سقط السيف من يده أو انكسر أو نهب أو نحو ذلك (فيعتبر حقيقتها) أي حقيقة الحاجة لا دليل الحاجة (فيستعمله) أي فيستعمل السلاح (ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه) أي عن السلاح (والدابة مثل السلاح) أي يعتبر فيها حقيقة الحاجة وهذا إذا اعتبر فيها الركوب ، أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام ، حتى يجوز ذبح الإبل والبقر والغنم للأكل ، ذكره في المحيط والإيضاح (والطعام) أي المراد من الطعام المذكور فيما مضى من قوله ويأكلوا ما وجدوه من الطعام (كالخبز واللحم ولا يستعمل فيه)أي في الخبز (كالسمن والزيت) .

(قال) أي القدوري (ويستعملوا الحطب) لتعذر نقله من دار الإسلام (وفي بعض النسخ) أي في نسخ القدورى (الطيب) أى ويستعملوا الطيب ، وهذا ليس بصحيح ، لأن القدورى نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب (ويدهنوا بالدهن) هذا أيضاً لفظ القدورى المراد به الدهن المأكول كالزيت ، لأنه لما صار مأكولاً كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله ، وإذا لم يكن مأكولاً لا ينتفع به ، بل يرده إلى الغنيمة ، كذا ذكره القدورى في شرحه . وفي المحيط لو أصابوا سمسماً أو زيتاً أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة أو رطبة أو سكر أو بصلاً أو غير ذلك من الأشياء التي تؤكل عادة

ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك، ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح، كل ذلك بلا قسمة، وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح

لا بأس بالتناول منها قبل القسمة ، ولا يجوز تناول شيء من الأدوية والطيب ودهن البنفسج ودهن الخيري لأن هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الأصلية ، بل يستعمله للزينة وكل ما لا يؤكل ولا يشرب ، فلا ينبغي أن ينتفع منه بشيء قل أو كثر ، لقوله ﷺ ردوا الخيط والمخيط . وقال فيه وما استهلكه في دار الحرب مما له قيمة أو ليس له قيمة فذلك هدر .

(ويوقحوا به الدابة) هذا أيضاً لفظ القدوري ويوقحوا من التوقيح ، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفى ، أي رق من كثرة المشي ، وفي المجمل المفرقع الحافر ، أي أصلب . قال الأترازي وهذا خطأ ، كذا في المغرب ونسخة الامام حافظ الدين الكبير رحمه الله بخط يده بالراء من الترقيح، وهو المنقول عن المصنف، قال هكذا قرأناه على المشايخ . قال في الجمهرة رقح فلان عيشه ترقيحاً إذا أصلحه . وقال الكاكي قال شيخي العلامة صاحب النهاية ، ولكن صححه شيخي مولانا حافظ الدين بالراء من الترقيح وهو الاصلاح ، وهو أصح لأنه أعم ، وقال الأترازي رأيت في نسخة شيخي ثقة من نسخ مختصر الكرخي مكتوبة في تاريخ سنة إحدى وأربعمائة بالواو كما قال صاحب المغرب لا بالراء ، انتهى . وكذا رأيت بخط شيخي العلاء أنه بالواو أولى (لمساس الحاجة إلى جميع ذلك) أشار به إلى جميع ما ذكرناه من قوله والطعام كالخبز إلى هنا .

(ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح) هذا لفظ القدوري معطوف على قوله بأن يعلق العسكر (كل ذلك بلا قسمة) هذا أيضاً لفظ القدوري أي كل ما قلنا من علف الدابة وأكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن ، والقتال بسلاح الغنيمة قبل قسمها (وتأويله) أي تأويل قول القدوري ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح (إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح) وإنما احتاج إلى هذا التأويل ، لأنه إذا احتاج الغازي إلى استعمال

وقد بيناه . ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه ، وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام ، وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض ، لأنه لا ضرورة إلى ذلك ، فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة ، لأنه بدل عين كانت للجماعة .

سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز (وقد بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه مستصحبه إلى آخره .

(ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً) هذا أيضاً لفظ القدورى ، وأشار بذلك إلى ما ذكره من قوله من يعلف للدواب وأخذ الطعام للأكل والحطب للاستعمال الدهن بلا ادهان والسلك للقتال (ولا يتمولونه) هذا أيضاً لفظ القدورى من التمول وهو صيانة ذلك ، وادخاره إلى وقت الحاجة . وقال الأترازى ولا يمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قول أن يبيعه لأن ذلك عكس الغرض ، أى لا يبيعونه ولا يتمولونه ، فلو كان عطفاً على أن يبيعوا كان اثبات التمول لان نفي النفي اثبات (لان البيع يترتب على الملك ولا ملك) أى هنا (على ما قدمناه) من قوله أنه لا ملك قبل الاحراز (وإنما هو إباحة) أى الانتفاع بالاشياء المذكورة إباحة لهم للحاجة وقد زالت الحاجة فلا تبقى الاباحة (وصار) هذا (كالمباح له الطعام) يعني كما إذا أباح طعامه لغيره لا يجوز له أن يبيع ويتمول .

(وقوله) أى وقول القدورى رحمه الله (ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة إلى ذلك) أى إلى البيع بشيء من هذه الاشاء ، لانه في معنى التمول ، ولا حاجة لهم إلى ذلك (فإن باعه أحدهم) أى فإن باع شيئاً من الاشياء التي لا يجوز بيعها أحدهم ، أى أحد الغانمين (رد الثمن إلى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة) أى عوض عين مشتركة بين الغانمين .

وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك ، إلا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى ، وهذا لان حق المدد محتمل ، وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ، ولا فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الإنتفاع في الفصلين ، فـإن احتاج الكل يقسم في الفصلين ، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم ، لان الحاجـة إليه

(وأما الثياب والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجـة للاشتراك) أي لأجـل اشتراك الغانمين فيها (إلا أنه) أي غير أن الشأن (يقسم الإمـام بينهم في دار الحرب إذا احتاجو إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى) بأن يستباح .

(وهذا لأن حق المدد) هذا جواب عن سؤال مقدر بأن يقال كيف جـازت القسمة وفيها قطع حق الغير ، وهو المدد لأن المدد إذا لحقهم بشوكتهم ، فأجاب بقوله وهذا أي جواز القسمة لأن حق المدد الذي يأتي (محتمل وحاجة هؤلاء) أي العسكر الموجـودين (متيقن بها) أي بالحاجة (فكان) أي المتيقن بها (أولى بالرعاية) لأنه لا اعتبار للاحتمال مع وجود اليقين (ولم يذكر) أي محمد « رح » في كتاب السير (القسمة في السلاح) إذا احتاجوا إليه (ولا فرق في الحقيقة) بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب في جواز القسمة عند الحاجة (فإنه) أي فإن الثياب (إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع والدواب (وإن احتاج الكل) أي كل الغزاة (يقسم في الفصلين) المذكورين .

(بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم ، لأن الحاجة إليه) أي إلى السبي

في فضول الحوائج . قال ومن أسلم منهم معناه في دار الحرب أحرز بإسلامه نفسه ، لأن الإسلام ينافي ابتداء الإسترقاق وأولاده الصغار ، لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً ، وكل مال هو في يديه لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له ،

(في فضول الحوائج) لا من أصولها . وفي المبسوط لا يقسم السبي وإن احتيج إليه قبل الإحراز ، لأنه لا يقع حاجة الاحياء ولا يبيعهم ، لأنه لا علكهم قبل الإحراز ، فإن أطاعوا المشي يمشيهم ،لأن في الأركان اعزاز وهم أصل الصغار أي الذل . فإن لم يطيقوه وليس معه فضل حمولة ولم تطب نفسه من معه فضل حمولة قبل الرجال وترك النساء والصبيان ، لأن النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان ، وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل فيه روايتان .

(قال) أي القدوري (ومن أسلم منهم) أي من الكفار ، هذا لفظ القدوري (معناه في دار الحرب) هذا لفظ المصنف «رح» أي معنى قوله ومن أسلم منهم ، أي أسلم في دار الحرب انما احتاج إلى هذا التأويل ليقع الإحتراز به عن مستأمن أسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على دار الحرب كان أولاده وأمواله كلها فيئاً (أحرز بإسلامه نفسه،لأن الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق) احترز به عن الاسترقاق بقاء ، لأن الاسلام لا ينافيه ، وهذا لأن الرق جزاء الكفر الأصل فانهم لما استنكفوا أن يكونوا عبيداً لله عز وجل جازاهم الله عز وجل بأن يكونوا عبيد عبيده ، بخلاف الرق في حالة البتها ، فإنه صار من الأمور الحكمية (وأولاده الصغار) بالنصب عطف على قوله نفسه ، أي وأحرز أيضاً أولاده الصغار ، احترز به عن أولاده الكبار على ما يجيء .

(لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً) أي بإسلام الأب بطريق التبعية له فصاروا إحرازاً (وكل مال) بالنصب أي أحرز كل مال (هو في يده لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (من أسلم على مال فهو له) هذا الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث ياسين الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ

ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين غلبة أو وديعة في يد مسلم أو ذمي ، لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كيده ، فإن ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء ، وقال الشافعي « رح » هو له لأنه في يده فصار كالمنقول . ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة .

أسلم على شيء فهو له . ورواه ابن عدي في الكامل والبيهقي وأعله ياسين الزيات ، وأسند تضعيفه من البخاري والنسائي وابن معين ، ورواه البيهقي وقال إنما يروى عن ابن أبي مليكة ، وعن عروة مرسلا .

(ولأنه) أي ولأن الذي أسلم (سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين) أي الغالبين (عليه) أي على المال (أو وديعة) بالرفع عطفاً على قوله هو في يده (في يد مسلم أو ذمي لأنه) أي لأن الوديعة ، ذكر الضمير باعتبار الموضع (في يد صحيحة) احترز به عن يد الغاصب (محترمة) احترز به عن الحربي (ويده) أي يد كل واحد من المسلم والذمي (كيده) لانهما عاملان له ونائبان في الحفظ ، فان كانت وديعة عند حربي تصير فيئاً على رواية أبي حفص ، وعلى رواية أبي سليمان لا يكون فيئاً .

(فإن ظهرنا على الدار) أي فإن غلبنا على دار الحرب التي أسلم المذكور منها (فعقاره فيء) هذا ذكروه في شرح الجامع الصغير ولم يذكروا فيه خلافاً بين أصحابنا ، وليس في الأصل أيضاً ذكر الخلاف إلا أن الفقيه أبو الليث قال في شرح الجامع الصغير ، قال أبو يوسف « رح » في الأمالي لا يصير فيئاً ، وهو قول الشافعي «رح» ، وإليه أشار بقوله (وقال الشافعي «رح» هو له) أي العقار الذي أسلم ، وبه قال مالك وأحمد (لأنه في يده) أي لأن العقار في يده (فصار كالمنقول) حيث يكون له بلا خلاف .

(ولنا أن العقار في يد أهل الدار) أي دار الحرب (وسلطانها) أي وفي يد سلطانها (إذ هو) أي العقار (من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة) بخلاف المنقول .

وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » الآخر ، وفي قول محمد «رح » وهو قول أبي يوسف « رح» الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما، وعند محمد « رح » يثبت وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام، وكذا حملها فيء خلافاً للشافعي « رح » . هو يقول انه مسلم تبعاً كالمنفصل . ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتمليك تبعاً لغيره ، بخلاف المنفصل لأنه حر

(وقيل هذا) أي قول القدوري فعقاره فيء (قول أبي حنيفة « ر ح » وأبي يوسف «رح» الآخر) أي القول الآخر ، وإنما ذكره بقوله قيل هذا لأن الظاهر عن أصحابنا لااختلاف فيه (وفي قول محمد «رح» وهو قول أبي يوسف الأول ، هو) أي العقار (كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما) أي عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» .

(وعند محمد «رح» يثبت) وفي شرح الطحاوي ما كان غير منقول في مثل الدار والعقار والزروع إذا كان غير محصود عندهما ، وعند محمد «رح» المنقول وغير المنقول سواء (وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه) أي لا تتبع زوجها (في الإسلام) فيكون فيئاً (وكذا حملها) أي حمل المرأة (فيء خلافاً للشافعي «رح» فإنه يقول) أي الشافعي (أنه) أي أن الحمل (مسلم تبعاً) أي لأبيه (كالمنفصل) أي كالولد المنفصل .

(ولنا أنه) أي أن الحمل (جزؤها) أي جزء أمة (فيرق برقها) أي برق أمه (والمسلم محل للتمليك) تقديره مسلماً أنه مسلم تبعاً ، لكن المسلم محل للتمليك ، هذا جواب عن قول الشافعي «رح» أنه مسلم ليكون ملكاً (تبعاً لغيره) كما إذا تزوج المسلم أمة الغير فيكون الولد رقيقاً بتبعية الأم وإن كان مسلماً بإسلام أبيه .

(بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل تقديره (لأنه) أي لأن المنفصل (حر

لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار ، ولأنهم كفار حربيون ولا تبعية. ومن قاتل من عبيده فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة ، لأن يده ليست محترمة ، وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح». وقال محمد «رح» لا يكون فيئاً . قال العبد الضعيف رحمه الله كـــذا ذكر محمد «رح» الإختلاف في السير الكبير .

لانعدام الجزئية عند ذلك) أي عند الإنفصال (وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون ولا تبعية) لأبيهم (ومن قاتل من عبيده) أي من عبيد الذمي الذي أسلم(فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده) ، وصار تبعاً (لأهل الدار) أي لأهل دار الحرب (ومـا كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أووديعة ، لأن يده) أي يد الحربي (ليست بمحترمة) اعترض عليه بأن مات مقام غيره فإنما يعمل بوصف الأصل كالتراب مـع الماء في التيمم . ولما قام الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب ان تكون يده كيد المسلم محترمة نظراً إلى نفسـه لا نظراً إلى الحربي .

وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي ، وقيام يد المالك عليهـا حكمي ، واعتبار الحكمي ان أوجب عصمتها ،فباعتبار الحكمي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة ،لأن المال في أصله على صفة الإباحة ، وعصمته تابعة لعصمة المالك ، وإنما تثبت التبعية لو ثبتت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكماً مع الاحترام ، لانه بدون الاحترام يتعارضها جهـة الإباحة الاصلية ، فلا يثبت بالشك .

(وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» وقال محمد « رح » لا يكون فيئاً) ثم (قال العبد الضعيف) أى المصنف («رح» كذا ذكر الخلاف في السير الكبير) يعني ذكر الخلاف بين أبي حنيفة «رح» في ناحية ، وبين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، في ناحية .

وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد «رح».
لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبعها
ماله فيها. وله أنه مال مباح فيملك بالإستيلاء والنفس لم تصر
معصومة بالاسلام ،

(وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله) حيث جعل الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وبين محمد «رح» وجعل أبا حنيفة «رح» وأبا يوسف «رح» في ناحية ، وجعل محمد «رح» في ناحية . وقال الاترازى وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» وقال محمد «رح» لا يكون فيئاً . وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيئاً وليس ذلك بصحيح، انتهى . فهو أراد أن الصحيح ما ذكره أولاً مصدراً له أو هو كون الخلاف بين أبي حنيفة « ر ح » وبين محمد «رح» ولكن قول المصنف «رح» بعد هذا لهما ، وبعده له يدل على أن الصحيح قول فهو فيء عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يكون فيئاً .

فإن قلت يحتمل أن يكون قوله لهما أى لابي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» بقرينة ذكره بقوله ، وذكر في شرح قول أبي يوسف «رح» . قلت قال الاكمل في قوله وله أنه مال ، أي ولابى حنيفة «رح» فدل على أن المراد من قوله لهما أى لابي يوسف «رح»ومحمد «رح» ، فدل هذا كله أن الذى مال إليه المصنف «رح» هو الخلاف الذى بين أبي حنيفة «رح» وبين أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» ، ودل أيضاً أن الذى قاله الاترازى وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيا تصحيح غير صحيح فتأمل وتدبر .

(لهما) أى لابي يوسف «رح» ومحمد «رح» (أن المال تابع للنفس وقد صارت) أى نفسه (معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها)أى يتبع ماله نفسه في العصمة .

(وله) أى ولابي حنيفة «رح» (إنه مال مباح فيملك بالاستيلاء)يعني الذى غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذى أسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم،والمباح تمليك بالإستيلاء، فكان فيئاً للغزاة (والنفس لم تصر معصومة بالإسلام) جواب عن قولهما أن المال تابع

ألا ترى أنها ليست بمتقومة ، إلا أنــه محرم التعرض في الأصل لكونــه مكلفاً وإباحة التعرض يعارض شره ، وقد اندفع بالاسلام، بخلاف المال ، لأنه خلق عرضة للإمتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكماً فلم تثبت العصمة . وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها ، لأن الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها،ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه

للنفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبعه مالها فيها ، أي في العصمة . وتقرير الجواب أنا لا نسلم أن النفس صارت معصومة بالإسلام وأوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنهـا) أي أن النفس (ليست بمتقومة) لان العصمة المتقومه لا تثبت إلا بدار الإسلام ، ولهـذا إذا قتله مسلم عمداً أو خطأ لا يجب القصاص ولا الدية عندنا ، خلافاً للشافعي «رح» .

ولكنها معصومة بالعصمة إليه أشار إليه بقوله (إلا أنه محرم التعرض في الأصل) هذا في الحقيقة جواب عما يقال لو لم تكن معصومة لمـا كانت تحرم التعرض كالحربي وليس كذلك ، وتقدير الجواب أنه يحرم التعرض في الاصل يعني في نفس الامر (لكونه مكلفاً) أي لكون الآدمي مخلوقاً لتحمل أعباء التكليف ، ولا يتمكن من إقامتها إلا بالبقاء، ولا بقاء إلابالعصمة وحرمة التعرض (وإباحة التعرض) إنما هي (يعارض شره ، وقداندفع بالإسلام) فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة .

(بخلاف المال ، لانــه خلق) في الاصل (عرضة للامتهان) بأنواع الانتفاعات (فكان محلا للتملك) فكان المقتضى موجوداً ، والمانع منتف ، لان المانع كونه في يده حقيقة وحكماً (وليست في يده حكماً) لان يد الغاصب ليست بنائية عن يـد المالك (فلم تثبت العصمة) فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيئاً .

(وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا) أي دوابهم (من الغنيمة ولا يأكلوا منها ، لان الضرورة قد ارتفعت ، والإباحة باعتبارها) أي باعتبـار الضرورة (ولان الحق) أي حق المسلمين (قد تأكد) وتقرر (حتى يورث نصيبه) يعني إذا مات

ولا كذلك قبل الاخراج إلى دار الاسلام ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة ، معناه إذا لم تقسم . وعن الشافعي « رح » مثل قولنا ، وعنه أنه يرد اعتباراً بالمتلصص . ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت ، بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الاحراز ، فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج ،

في هذه الحالة (ولا كذلك قبل الاخراج إلى دار الاسلام) للضرورة.

(ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال المصنف (معناه) أي معنى قول القدوري رده إلى الغنيمة (إذا لم تقسم) أي الغنيمة لانها إذا قسمت لا ينافي الرد .

(وعن الشافعي «رح» مثل قولنا ، وعنه أنه لا يرد اعتباراً بالمتلصص) كما إذا دخل الواحد أو الإثنان دار الحرب بلا إذن الإمام بنية الغارة فنالوا شيئاً فلا يكون ذلك مشتركاً بين الغانمين لأنه مباح سبقت يده إليه ولا يخمس لأنه ليس بغنيمة .

(ولنا أن الإختصاص) أي اختصاص العلف والطعام وخبر أن محذوف تقديره أن الاختصاص حاصل أو كائن ، وقوله (ضرورة الحاجة وقد زالت) أي الضرورة ، هكذا أفاد شيخي العلاء رحمه الله بخطه (بخلاف المتلصص) يعني قياسه المتلصص غير صحيح لوجود الفارق (لأنه) أي لأن المتلصص (كان أحق به) أي بالذي أخذه (قبل الاحراز) بدار الاسلام (فكذا بعده) أي بعد الاحراز من سائر الغانمين (وبعد القسمة) ابتداء مسألة مستقلة بذاتها ، أي بعد قسمة الامام ، يعني إذا جاءوا بما فضل من علف أو طعام أخذوا من القسمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام (تصدقوا به) أي بما فضل من ذلك بعينه إن كان قائماً (إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج) أي إن كانوا محتاجين ، كذا في المغرب ، يقال حاج يحوج حوجاً ، أي احتاج ، والحائجة والحوجاء والحاجة حاجة بمعنى واحد على هذه اللغة قيل حوائج في جمع حائجة ، كذا نقل ابن دريد

لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ، وإن كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ﴿ فأن لله خمسه

عن الأصمعي والحاج جمع حاجة ولم يذكر ابن دريد المحاويج ، وكأنها جمع محوج إسم فاعل بإشباع الياء ، لأن أحوج يجيء لازماً ومتعدياً ، يقال أحوج الرجل إذا احتاج وأحوجه إليه غيره .

(لأنه) أى لأن الذى فضل بعد القسمة (صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لأنهم تفرقوا فرقين (وإن كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته ، والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل) أى الفقير يحل له التناول من قيمته ، لأن القيمة تقوم مقام الأصل (فأخذ حكمه)أى أخذت القيمة حكم الأصل ، وإنما ذكر ضمير القسمة على تأويل ما تقوم ، أو على تأويل المذكور ، هكذا قال الأكمل . قلت هذا على تقدير أن يكون فأخذ فعلا ماضياً . وقال الأترازي فأخذ حكمه والاخذ حكم الاصل فهو جعله مصدراً مجروراً عطف على ما قبله وضبط شيخي رحمه الله في نسخته على ما قاله الاكمل رحمه الله .

(فصل)

أى هذا فصل في بيان كيفية قسمة الغنائم ، والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين . وقال بعض أوائل الحساب القسمة تفريق أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر من الآحاد ، يعني تفريق المال المقسوم على حدة آحاد المقسوم عليه ، وهذا لا يتأتى إلا في الصحاح ، والصحيح أن يقال معرفة نصيب الواحد.

(قال) أى القدورى (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ﴿ فإن لله خمسه

والرسول ﴾ ٤١ الأنفال ، استثنى الخمس ، ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لأنه عليه السلام قسمها بين الغانمين ، ثم للفـــارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة . وقالا للفارس ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي «رح» لمـــا روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أسهم

والرسول ﴾ ٤١ الانفال ، استثنى الخمس) أى أخرجه ، استعـــار الاستثناء للاخراج أجود ، معناه فيه فكان استثنى معنى لا لفظاً . وقال الكاكي ويحتمـل أن يكون من استثنيت الشيء إذا زويته لنفسي ، من ثنى العود إذا اختار عطفــه ، أى استثنى الله الخمس لنفسه بقوله ﴿ فإن لله خمسه ﴾ وقال تاج الشريعة قوله ﴿ فان لله خمسه ﴾ استثنى من حيث المعنى لاخراج الخمس مما غنموا أو لان حكم المستثنى بخلاف حكم المستثنى منه، وهنا كذلك ، لان حكم الخمس أن يكون لغير الغانمين وحكم أربعـــة الاخماس ان يكون للغانمين فيكون مخالفاً .

(ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لانه ﷺ) أى لان النبي ﷺ (قسمها بـين الغانمين) أى قسم أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين ، وأخرجـه الطبراني في معجمه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمـــة فضرب ذلك الخمس في خمسة ثم قرأ ﴿ واعلموا أنــما غنمتم من شيء فان لله خمسه ﴾ ... الآية ٤١ الانفال ، فجعل سهم الله وسهم الرسول واحداً ، ولذى القربى سهم ، ثم جعل هذين السهمين قوة في الخيل والسلاح ، وجعل سهم اليتامى وسهم المساكين وسهـــم ابن السبيل لا يعطيه غيرهم ، ثم جعل الأربعة أسهم الباقية للفرس سهمان ، وللراكبة سهـم ، وللراجل سهم .

(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة «رح») وبه قال زفر (وقالا) أي أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» (للفارس ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي«رح»)ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم (لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أسهـم

للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً ، ولأن الاستحقاق بالغنـــاء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجـــل ، لأنه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ، ولأبي حنيفة «رح» ما روى ابن عباس رضي الله عنـــه أن النبي عليـه السلام أعطى الفارس سهمين ، والراجل سهماً

للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً) هذا الحديث رواه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه . وفي لفظ عن أصحاب السنن عن ابن عمر «رض» أيضاً أن رسول الله ﷺ أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهماً له وسهمان لفرسه .

(ولأن الإستحقاق بالغناء) أي بالكفارة ، وهو بالفتح والمد ، وهو بالعين المعجمة ، يقال أغنيت عنك ، يعني فلان ، ومعناه إذا أجزأت عنه وينيب منابه ، وكفيت كفايته (وغناؤه) أي غناء الفارس ، أي كفايته (على ثلاثة أمثال الراجل لأنه) أي لأن الفارس (للكر) الكر بالتشديد الرجوع (والفر) بفتح الفاء وتشديد الراء الفرار ، قال امرء القيس في قصيدته :

مكر مفـــر مقبل مدبر معـــاً كجلمود صخر حطه السيل من عل

(والثبات) أي للثبات في الحرب (والراجل للثبات لا غير) فإن قلت الفرار غـير محمود ، وكيف يوصف به الفارس . قلت الفرار في موضعه ممدوح كيـــلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ ١٣٥ البقرة .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً) هذا غريب من حديث ابن عباس ، وفي الباب أحاديـث منها ما رواه أبو داود في سننه عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري ، قال سمعت أبا يعقوب بن مجمع يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن محمد « ر ح » مجمع بن حارثة الأنصاري وكان أحد القراء الذين قرؤوا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله ﷺ إلى أن قال فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر

فتعارض فعلاه فيرجـــع إلى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبى عليه السلام

سهماً فكان الجيش ألفاً وخمسمائة ، فيهم ثلاثمائـة فارس ، فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهماً . قال أبو داود وهذا وهم إن كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمـــين ، وأعطى صاحبه سهماً ، قال وحديث ابن عمر أنه ﷺ أعطى الفارس ثلاثة أسهم أصح ، والعمل عليه .

وقال ابن القطان في كتابه وعلة هذا الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع ، ولا يعرف منها ما رواه الطبراني بإسناده إلى مقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس له يقال له سبخه فأسهم له النبي ﷺ لفرسه سهم واحد وله سهم ، وفي إسناده محمد بن عمر الواقدي في تفسيره في سورة الأنفال عن عروة عن عائشة رضي الله عنهـا قالت أصاب رسول الله ﷺ سبايا بني المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسم بـــين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً.

(فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله) أي فتعارض فعل النبي ﷺ وهما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي احتج به المصنف لأبي حنيفة ومحمد « رح » المذكور آنفــاً ، وحديث ابن عباس المذكور لأبي حنيفة رضي الله عنه ، وليت شعري ما هذه المعارضة ، حديث ابن عباس ليس له أصل كما ذكرنا عن هـــذا . قال الأكمل وطريقه استدلال لأبي حنيفة «رح» بحديث ابن عباس رضي الله عنه يخالفه لقواعد الأصول ، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا تعذر الترجيح والتوفيق يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله ، وهــو قال فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المعهــود في مثله أن يستدل بقوله لأن القول أقوى .

(وقد قال ﷺ للفارس سهمان وللراجل سهم) هذا لأجل بيان قوله فيرجـــع إلى قوله وهذا الحديث غريب جداً ، وقد أخطأ من عزاه إلى ابن أبي شيبة ولفظ هذا الحديث في حديث عمر الذي ذكره بعد هذا (كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي

قسم للفارس سهمين وللراجل سهما، وإذا تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره ولأن الكر والفر من جنس واحد

ﷺ قسم للفارس سهمين) أي وكيف يحتج لأبي يوسف «رح» ومحمد «رح» بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً ، والحال أنه قد روي عن ابن عمر أيضاً أن النبي ﷺ أسهم للفارس سهمين، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو أسامة وابن نمير قال حدثنا عبيد الله عن نافع عن أبي وابن عمر أن رسول الله ﷺ جعل للفارس سهمين (وللراجل سهماً) ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الدارقطني في سننه وقال أبو بكر النيسابوري هذا عندي وهم عند ابن أبي شيبة ، لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا ، وكذلك رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا المعنى يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم .

(وإذا تعارضت روايتاه) أي روايتا ابن عمر (ترجحت رواية غيره) قال الأترازي إن سلمت رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها . وقال صاحب النهاية قوله وإذا تعارضت روايتاه ، أي روايتا ابن عمر ، وهي روايتها عنه على وفق مذهبها ، ورواية أبي حنيفة «رح» أيضاً على وفق مذهبه . قوله ترجحت بأي رواية غيره وهو ابن عباس رضي الله عنهما ثم قال ومعنى قوله ترجح ، أي سلم رواية ابن عباس عن المعارضة فيعمل بها ، لأن للمرجح لا بد من المرجح، ورواية ابن عمر بعد التحافظ بالتعارض لا تصلح مرجحة انتهى.

قلت لا معارضة أصلاً في روايتي ابن عمر ، لأن الصحيح «ر للرواية التي فيها ثلاثة أسهم للفارس كيف تعارضها التي فيها سهمين وهى غير ثابتة على الصحة فيما ذكرنا ، وكيف يقول صاحب النهاية ومن تبعه من الشراح أن رواية ابن عباس سلمت عن المعارضة فيعمل بها والحال أنه لم يصح كما ذكرنا ، وهذا كله من آفة التعليل ، وعدم رجوعهم إلى مدارك الأحاديث .

(ولأن الكر والفر من جنس واحد) لأن الفر إنما يحل للكر لا لذاته ، لأنه غير مستحسن في نفسه ، وإنما المستحسن منه ما كان لأجل الكر ، فكانا نوعاً واحداً ، ولا

فيكون غناؤه مثلى غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ، ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحـــد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم إلا لفرس واحد . وقال أبو يوسف « رح » يسهم لفرسين لما روي أن النبي عليه السلام أسهم لفرسين ،

يكون الفر نوعاً آخر (فيكون غناؤه) أى غناء الفارس (مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم) لأن سبب الغناء في الفارس نفسه وفرسه فيعطى سهمين، وفي الراجل نفسه فيعطى سهماً ، وفيه تأمل ، لأن الرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية .

(ولأنه) أي ولان الشأن (تعذر اعتبار مقدار الزيادة) لان مقدار الزيادة أمـــر خفى ، لان الملك إنما يظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفين ، وكل منهم مشكوك بشأنه في ذلك الوقت (لتعذر معرفته) أي لتعذر معرفة مقدار الزيادة (فيدار الحـــكم على سبب ظاهر) وهو مجرد كونه فارساً وكونه راجلاً إليه أشار في الاسرار .

(وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقـــه) أي استحقاق الفارس (على ضعفه) أي على ضعف استحقاق الراجل فيعطى الفارس سهمين والراجل سهماً (ولا يسهم إلا لفرس واحد) هذا لفظ القدوري ولم يذكر خلاف أحد.

وقال المصنف (وقال أبو يوسف « ر ح » يسهم لفرسين) وقال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره القدورى قول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن «رح» ، وقال أبو يوسف«رح» يسهم الفرسين ، وبه قال أحمد ، وبقول أبى حنيفة «رح» قال الشافعى «رح» ،وفي شرح الطحاوى ولا يسهم إلا لفرس واحد في ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف « رح » أنه قال يسهم لفرسين (لما روى أن النبي ﷺ أسهم لفرسين) هـــذا الحديث رواه الدارقطني في سننه حدثنا ابراهيم بن حماد حدثنا علي بن حرب حدثني أبى حرب بن محمد بن الحسن عن محمد بن صالح عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى عمر عن أبيه عن جده أبى عمر بشر بن عمرو بن محصن قال أسهم رسول الله ﷺ لفرسى أربعـــة أسهم ولي سهماً فأخذت خمسة أسهم .

ولأن الواحد قد يعي فيحتاج إلى الآخر . ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله عليه السلام إلا لفرس واحد ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ، ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس ، وما رواه محمول على التنفيل

(ولان الواحد قد يعى) أى ولان الفرس الواحد قد يتعب (فيحتاج) أى صاحبه (إلى الآخر) أى إلى الفرس الآخر .

(ولهما) أى ولابى حنيفة ومحمد « رح » وهو وجه الظاهر (أن البراء بن أوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد) هذا الحديث غريب ، بل جاء عكسه كما ذكره ابن منذر في كتاب الصحابة في ترجمته فقال روى علي بن قرين عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن صفصعة عن عبد الرحمن بن أبى صفصعة عن البراء بن أوس أنه قاد مع النبي ﷺ فرسين وضرب عليه السلام له خمسه أسهم ، فإذا كان كذلك لا يصح الاستدلال لهما بالحديث الذي ذكره المصنف « رح » على ما لا يخفى ، ولهذا استدل الاترازى لهما بما روى أن النبي ﷺ قال للفارس سهمان وللراجل سهم . وقال الاكمل وحاصل الدليلين وقوع التعارض لغو ، يعني بين روايتي فعله عليه السلام ، والرجوع إلى ما بعدهما وهو القياس بقوله :

(ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) ولا يتحقق إلا على فرس واحد (فلا يكون السبب الظاهر) وهو مجاورة الدرب (مفضياً إلى القتال عليهما) أي على الفرسين، فإذا كان كذلك (فيسهم لواحد) أي لفرس واحد (ولهذا) أي ولأجل عدم تحقق القتال على فرسين ، وعدم كون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال على الفرسين (ولا يسهم لثلاثة أفراس) بالإجماع (وما رواه) أي وما رواه أبو يوسف (محمول على التقليل[1])

---

(١) هكذا في الأصل،وفي المتن التنفيل وهو ماورد في شرح فتح القدير،اه مصححه.

هذا استظهار في تقوية الدليل ، لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه أو تأويل له ، انتهى . قلت قد ذكرنا أن ما تميز هناك معارضة ،فمن أين يأتي الاستظهار في قوة الدليل من تأمله يدري .

(كما أعطى سلمة بن الأكوع رضي الله عنه سهمين وهو راجل) هذا الحديث أخرجه مسلم مطولاً في بيعة الحديبية عن أياس بن مسلمة عن أبيه سلمة بن الأكوع ، وفيه قال قال رسول الله ﷺ خير فرساننا اليوم أبو قتادة ، وخير رجالنا سلمة ، ثم أعطى سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعاً ولكن قوله محمول على التنفيل ما رواه ابن حبان في صحيحه وقال وكان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلا فأعطاه رسول الله ﷺ سهماً للراجل لما يستحقه ، وإنما أعطاه سهم الفارس أيضاً من خمس خمسه عليه السلام دون أن يكون أعطاه من سهام المسلمين ، وقال أبوعبيد قال عبد الرحمن بن مهدي أعطاه من سهمه الذي كان مباحاً به .

قوله رجالتنا بتشديد الجيم جمع راجل ، قال الجوهري الراجل خلاف الفارس،والجمع رجل مثل صاحب وصحب ، ورجالة ورجال والرجلان أيضاً الراجل جمع رجلى ورجال مثل عجلى وعجلان . وقال الفقى كان سلمة من الرماة المشهودين وروي أنه كان يعدو عدو الفرس .

(والبراذين والعتاق سواء) هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسهم لراحلة ولا بغل ولم يذكره المصنف « رح » ، والبراذين جمع برذون وهو الكوذن وجمعه كواذن وهي خيل العجم ، قال في المجمل برذون الرجل برذنته إذا أثقل،واشتقاق البرذون منه . والعتاق بكسر العين وتخفيف التاء المثناة من فوق جمع عتق ، أي كريم ، والعتاق كرام الخيل العربي . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ويستوي الفرس العربي والنجيب ، والبرذون والهجين وغيرهما مما يقع عليه إسم الخيل ، وأما من كان له جمل أو بغل أو حمار فهو الراجل سواء في شرح الأقطع ، ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين . قلت قال الأوزاعي لا يسهم للبرذون ويسهم للمقرف سهم وللهجين سهم واحد ، وقال أحمد يسهم لما عدى العربي سهم واحد .

لان الارهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى ﴿ ومن رباط الخيل ترهبون بـــه عدو الله وعدوكم ﴾ ٦٠ الانفال ، واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاق واحـــد . ولان العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفـــاً ، ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا .

وعن أبي يوسف «رح» روايتان ، في رواية مثل قول العامة ، وفي رواية مثل قول أحمد . وروى مكحول أن النبي ﷺ أعطى للعربي سهمين وللهجين سهماً ولا يسهم لراجلة وللبغل بالإتفاق ، لأن الإرهاب لا يحصل بسهـــم . ومن غزى على بعير لا يسهم له عند العلماء ، عن أحمد يسهم له سهم فرس . وعنه إن عجز عن فرس وغزى عليـــه يسهم له سهم واحد والفرس ما يكون أبوه عربياً وأمه من الكواذن . والهجين ما يكون أبوه من الكواذن وأمه من العربي . وفي الجمهرة الهجين من الناس الذي أمه أمة .

(لأن الإرهاب) المذكور في الآية التي نذكرها (مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى ﴿ ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ﴾ ٦٠ الأنفال ، وإسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقاً واحـــداً) أراد أن لفظ الخيل بحسب اللغة إذا أطلق يشمل هـــذه الأنواع من غير فرق بينها ، ومضى الآن بغير الهجين والمقرف.

(ولان العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً) بفتح العين وكسرها ، أي انعطافاً ، يعني إذا أراد الإنعطاف ينعطف من غير بطأ فيه . قال السكاكي معنى الفتح الإمالة ، ومعنى الكسر الجانب . قلت العطـف من عطف الشيء أعطفه عطفاً إذا ثنيته ورددته عن جهته، والعطف الناحية من الإنسان والدواب .

(ففي كل واحـــد منهما) من العربي والبرذون (منفعة معتبرة) وهى التي ذكرنا (فاستويا) أى العربي والبرذون في الاستحقاق من الأسهم على الاختلاف .

ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه استحق سهم الفرسان . ومن دخل راجلا فاشترى فرساً استحق سهم راجل . وجواب الشافعي « رح » على عكسه في الفصلين ، وبكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة « رح » في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل المعتبر عندنا حالة المجاوزة

(ومن دخل دار الحرب فارساً) حال كونه فارساً (فنفق فرسه) أي هلك (استحق سهم الفرسان) إلا إذا باع فرسه أو وهبه وسلم أو أجره أو أعاره سقط سهم فرسه في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة «رح» أن له سهم فارس .

(ومن دخل راجلا) أي حال كونه راجلا (فاشترى فرساً استحق سهم راجل) وكذا إذا وهب له أو ورث أو استعار أو استأجر بعدما دخل راجلا وقاتل فارساً فله سهم راجل ، وفي رواية الحسن له سهم فارس ، كذا في التحفة .

(وجواب الشافعي «رح» على عكسه في الفصلين) يعني لا يعتبر عنده دخوله دار الحرب فارسا ولا دخوله راجلا ، والمعتبر عنده كونه فارساً أو راجلا عند شهود الوقعة ورواته عنه عند تقضي الحرب وبعد تمام القتال بالأولى ، قال مالك وأحمد (وبكذا) أي مثل جواب الشافعي «رح» (روى ابن المبارك) وهو عبد الله بن المبارك الإمام المشهور المروزي (عن أبي حنيفة «رح» في الفصل الثاني) يعني إذا دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرساً فقاتل فارساً (أنه يستحق سهم الفرسان) عند أبي حنيفة «رح» أيضاً على رواية ابن المبارك عنه ، وليس ذلك بظاهر الرواية عنه .

(والحاصل) أي من بيان هذا الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي رحمه الله (أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب ، إلا أنه أطلق لشهرة المسألة عند الفقهاء والمتأخرين ، قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مدخل الروم ودرب من ورد بها ، كذا في المغرب. قال في ديوان الأدب الدرب المضيق من مضائق من الدرب ، وكذلك ما أشبهه ، والمراد هنا فيه هو البرزخ الذي بين دار الحرب ودار

وعنده حـــال انقضاء الحرب . له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده ، والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على مكان الوقوف عليـــه. ولو تعذر أو تعسر يعلق بشهود الوقعة لانه أقرب إلى القتال .

الإسلام ، فإذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب ، وإذا جاوز الكافر دخل دار الإسلام .

(وعنده) أي عند الشافعي «رح» المعتبر (حال انقضاء الحرب . له) أي للشافعي «رح» (أن السبب) أي سبب استحقاق الغنيمة (هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده) أي عند القتال فارساً أو راجلا (والمجاوزة) أي مجاوزة حال الحرب ، وأراد به الرد لمذهبنا (وسيلة إلى السبب) حاله أنه لا يعتبر المجاوزة لكونها سبباً يعيد إلى القتال (كالخروج من البيت) يعني للقتال ، فإنه وسيلة إلى السبب ، ولا اعتبار بـــه في اعتبار حال الغازي من كونه فارساً أو راجلا كذلك في هذه الوسيلة .

(وتعليق الأحكام بالقتال) هذا جواب بطريق المنع لما يقال من جهـــة أصحابنا أن القتال أمر خفي لا يوقف عليه ، فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه وتقرير هـــذا الجواب بأن نقول لا نسلم أنه لا يوقف عليـــه ، وكيف لا يوقف عليه . وتعليق الأحكام بالقتال كإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل ، وكذلك المرأة والعبد والذمى (يدل على مكان الوقوف عليه) فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به حكم .

(ولو تعذر) هذا جواب بطريق التسليم بأن يقول الشافعي « رح» سلمنا أن الوقوف على القتال متعذر ومتعسر مثلما قلتم ، وهو معنى قوله ولو تعذر ، أي الوقوف على القتال بأن يكون في الليل أو في مطر أو نحو ذلك (أو تعسر) بأن كان كل واحـــد مشغولاً بنفسه فحينئذ (يعلق) أي الوقوف (بشهود الوقعة) يعني أقيم شهود الوقعة مقام الوقوف (لأنه) أي لأن شهود الوقعة (أقرب إلى القتال) من المجاوزة فتعلق كونـــه فارساً أو راجلا بشهود الوقعة وهي صورة الحرب .

ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بهـــا ، ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر ، وكـــذا علـى شهود الوقعـة لانـه حال التقـاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة

(ولنا أن المجاوزة) أى مجاوزة الدرب (نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها) أى لأن الشأن أنه يلحق الكفار لخوف بمجاوزة الدرب ، لأن القتال إسم لفعل يقع به للعدو خوف ، وبمجاوزة العسكر الدرب يحصل لهم الخوف والرهبة ، فكان قتالاً (والحـــال بعدها) أى بعد المجاوزة (حالة الدوام)أي دوام القتال (ولا معتبر بهـــا) أى الحالة الدوام بالإجماع ، ولا يمكن تعلق الحكم بدوام القتال ، لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتـــل فارساً دائماً ، لأنه لا بد له أن يزل في بعض المضائــق خصوصاً في الشجرة أو في الحصن أو في البحر .

(ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر) لان الإمام لا يمكنه أن يراقب بنفسه حال كل أحد أنه قاتل أو لم يقاتل ، وكذا بنائبه بأن يوكل عدلا يثق بقوله يخبره من قاتل ومن لم يقاتل ، لان في إقامة العدل على كل واحدحرجاً عظيماً ، ولا يعتبر إخبار كل واحد من الجند أيضاً أن صاحبه قاتل ، لان منهم فيه بحر النقع .

(وكذا) يتعسر الوقوف (على شهود الوقعة ، لأنه حال التقاء الصفين) والإشتغـال بالحروب فلم يلتفت إلى كونه سبباً قريباً بهذا المعنى،فإن كان الأمر كذلك (فتقام المجاوزة) أي مجاوزة الدرب (مقامه) أي مقام القتال (إذ هو للسبب المفضي إليه ظـاهراً) أي لأن قيام المجاوزة هو السبب الداعي إلى القتال بحسب الظاهر كما أقيم السفر مقام المشقة ، والنوم مقام الحدث ، والنكاح مقام الوطء في حرمة المصاهرة،فكان المعتبر حال المجاوزة لا حال القتال لكي (إذا كان) تجاوزه (على قصد القتال) لأن هــذا هو الأصل ، فإذا كان الأمر كذلك (فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب حال كونه

فارساً كان أو راجلاً . ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ، ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ، ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة ، وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجال ، لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة للقتال فارساً ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا إن باع في حالة القتال عند البعض .

(فارساً كان أو راجلاً) وها هنا سواء لأن الأول أن استحقاق الشيء بلا وجوده محال ، والمستحق وهو الغنيمة حال المجاوزة معدوم ، فكيف يثبت الإستحقاق . السؤال الثاني أن السبب إنما يقام مقام العلة إذا تصور من العلة وها هنا لا يتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة ، لأن القتال بدون شهود الوقعة محال .

الجواب عن الأول : أنه ليس المراد من الإستحقاق ثبوت الملك في الغنيمة أو ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال ، المراد به كون الشخص أخص بالغنيمة من غيره .

والجواب عن الثاني : أن القتال لشهود الوقعة والتقاء الصفين عند المجاوزة متصور ، لأنه ليس بثابت ، وشر إقامة الشيء مقام غيره أن لا يكون ذلك الغير ثابتاً في الحال ، لأنه إذا كان ثابتاً كيف مقام شيء آخر مقامه .

(ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق) أي باتفاق بيننا وبين الشافعي (ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ، ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة) أي عن الدرب (وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجال ، لأن الإقدام على هذه التصرفات)وهي البيع والهبة والاجارة والرهن (يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة للقتال فارساً ولو باعه بعد الفراغ) أي بعد الفراغ من القتال (لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا) أي وكذا لم يسقط سهم الفرسان (إن باع في حالة القتال عند البعض) أي عند بعض مشايخنا، لأن

والأصح أنه يسقط . لأن بيعه يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أن ينتظر غرته ، ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ، ولكن يرضخ لهم على حسب ما يراه الإمام ، لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ إليهم .

بيعه عند زمان مخاطرة الروح دل على أنه إنما باعه لرأي رآه في الحرب له لتحصيله المال ، لأن الروح فوق المال .

(والأصح أنه يسقط ، لأن بيعه يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أن ينتظر غرته) أي غرة الفرس ، قال شيخي رحمه الله ، أي غرة فرسه ، وقال الأترازي فيه نظر ، لأن الانسان المقاتل في سبيل تلك الحالة لا يختار المال على روحه ، ولهذا قال الأصح قول البعض .

(ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ،ولكن يرضخ لهم) بالضاد والخاء المعجمتين ، من رضخ فلان لفلان من ماله إذا أعطاه قليلا من كثير ، والاسم الرضخ (على حسب ما يراه الامام ، لما روي أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ إليهم) وقال الأترازي وقد روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ، ويرضخ ، انتهى . ولم يبين من خرج هذا الحديث ولا يبين حاله . وأخرج مسلم عن يزيد بن هرمز قال كتب نجدة ابن عامر القدوري إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما ، فكتب إليه أن ليس لهما شيء ، إلا أن يحذيا . وفي لفظ فكتب اليه وسأله عن المرأة والعبد هل كان لهما سهم معلوم إذا حضروا البأس فإنهم لم يكن لهم سهم معلوم ، إلا أن يحذيا من غنائم القوم .

قوله يحذيا ، أي يعطيا بالحاء المهملة والذال المعجمة ، وقد جاءت أحاديث مخالفة لهذا منها ما رواه أبو داود والنسائي عن رافع بن سلمة عن حشرج بن زياد عن جدته أم أبيه

أنها خرجت مع رسول الله ﷺ في غزوة خيبر ... الحديث ، وفيه أسهم لنا كما أسهم للرجال . وذكر الخطابي أن الاوزاعي قال يسهم لهن وأحسبه ذهب إلى هذا الحديث ، وإسناده ضعيف لا تقوم به الحجة . وقال الترمذى وقال الاوزاعي وأسهم النبي ﷺ للصبيان بخيبر ، أسهمت أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب .

وقال الاوزاعي وأسهم النبي ﷺ للنساء بخيبر وأخذ بذلك المسلمين بعده ، حدثنا بذلك علي بن حزم قال أبو عيسى بن يونس عن الاوزاعي بهذا منها ما رواه أبو داودمرسلا عن محمد بن عبد الله بن مهاجر الشعبي البيهقي عن خالد بن معبد أن رسول الله ﷺ أسهم للنساء والصبيان والخيل . وأجاب الطحاوى عن مثل هذا وأمثاله أن النبي ﷺ أسهم للنساء وللصبيان ، واستطاب أهل الغنيمة ، وأجاب غيره بقوله يشبه أن يكون عليه السلام إنما أعطاهم من الخمس الذى هو حقه دون حقوق من شهد الوقعة .

(ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة،يعني إنهلم يسهم لهم) هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي «رح» عن أبي يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعار رسول الله ﷺ يهود قينقاع فرضخ لهم ، ثم قال تفرد به الحسن بن عمارة وهو متروك . وروى حديث مخالف ، ولهذا رواه الترمذي من حديث الزهري قال أسهم النبي ﷺ قوم من اليهود قاتلوا معـــه ، رواه أبو داود في مراسيله ، وزاد في آخره ها هنا ومثل سها المسلمين .

وقال صاحب التنقيـح مراسيل الزهري ضعيفة ، وكان يحيى القطان لا يرى ارسال الزهري وقتادة شيئاً يقول هي بمنزلة الريح ، واختلفوا هل يستعان بالكفر في القتال عند الحاجة فعندنا واحد يستعان لماذكرناوبه قال الشافعي«رح»في قول. وقال ابن المنذر وجماعة من أهل العلم لا يستعان بالكافر لما روي أنه عليه السلام قال إنا لا نستعين بالمشركين على المشركين، ما ذكر أنه استعان بهم غير ثابت .

قال الكاكي قلنا بل هو ثابت ذكره الثقات المشهورون ، ومـــا رواه غير مشهور

ولان الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ، ولهذا لم يلحقهما فرضه ، والعبد لا يمكنه المولى وله منعه ، إلا أنه يرضخ لهم تحريضاً على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه

وليس بثابت فهو محمول على زجر قوم متعينين يريد إسلامهم ، انتهى . قلت الحديث الذي ذكره ابن المنذر رواه إسحاق بن راهوية في مسنده والواقدي في كتاب المغازي والكاكي رده من غير وجه ، ثم ادعى أن الذي ذكره عن الثقات المشهورين ولم يبين ذلك ، والخصم لا يرضى بهذا المقدار ، وها هنا بحث كثير ، ذكرناه في شرح للبخاري .

(ولأن الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهلها) أي من أهل العبادة (والمرأة والصبي عاجزان عنه) أي عن الجهاد (ولهذا) أي ولأجل عجزهما عن الجهاد (لم يلحقهما) أي المرأة والصبي (فرضه) أي فرض الجهاد (والعبد لا يمكنه المولى) أي من الجهاد (وله) أي للمولى (منعه) أي عن الجهاد ، ولأنه فرض كفاية ، إلا إذا هجم العدو ، فليس له منعه حينئذ ، لأنه يصير فرض عين .

(إلا أنه) أي غير أن الإمام (يرضخ) أي يعطي (لهم تحريضاً) شيئاً بحيثما يراه ، وبه قالت الثلاثة . وعن أحمد في رواية يرضخ للكافر إن قاتل بإذن الإمام وبغيره إذن الإمام ، أي لأجل تحريضهم (على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم) أي رتبة المرأة والصبي والعبد إن لم ينه متبوعهم ، لأن العبد تبع للحر ، والصبي تبع للبائع والذمي أيضاً تبع للمسلم ، ولهذا لا يمكن أهل الذمة من نصب الراية لأنفسهم . وقال مالك يسهم للصبي المراهق إذا أطاق القتال ، لأنه من أهل الجهاد ، والرضخ من أن يكون قال الشافعي في قول أحمد في رواية من الغنيمة ، وبه قال أصحابنا ، وقال في قول من أربعة الأخماس وبه قال أحمد في رواية . وقال في قول من خمس الخمس ، وقال مالك الرضخ من الخمس

(والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه) أي إذا أبدل الكتابة ، فإذا

فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ، ثم العبد إنما يرضخ إذا قاتل لأنــــه دخل لخدمة المولى ، فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لهـــا إذا كانت تداوي الجرحى أو تقوم على المرضى ، لأنها عاجزة عن حقيقة القتال ، فتقام هـذا النوع من الإعانة مقام القتال ، بخلاف العبد ، لأنه قادر على حقيقة القتال ، والذمي إنمـــا يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقـــاتل ، لان فيه منفعة للمسلمين ، إلا انه يزاد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل

كان كذلك (فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ، ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل ، لأنه دخل) يعني مع العسكر في دار الحرب (لخدمة المولى) أي لأجل خدمة مولاه (فصار كالتاجر)يدخل للتجارة (والمرأة ترضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى) يعني إذا مرضتهم (لأنها) أي لأن المرأة (عاجزة عن حقيقة القتال) قيد به لأنها غــير عاجزة عن شبهة القتال وهي الأمان، فإن أمانها يصح بلا خلاف (فتقام هذا النوع) وهو مداواتها الجرحى وقيامها على المرضى (من الإعانة مقام القتال) فإذا كان كـذلك رضخ بها بـــلا قتال .

(بخلاف العبد) يرتبط بقوله لأنها عاجزة (لأنه قادر على حقيقـــة القتال) حتى لم يرضخ له إذا لم يوجد منه القتال ، بخلاف المرأة ، فإن خدمتها لمرضى العسكر يقوم مقـام القتال ، وليس كذلك خدمة العبد مولاه .

(والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق) الذي يمشي فيها العسكر (ولم يقاتل) أي والحال أنه لم يقاتل (لأن فيه) أي في قتاله أو في كونه دالاً على الطريـــق (منفعة للمسلمين، إلا انــــه يزاد له على السهم) أي لا يزاد للذمي بالرضخ على السهم (في الدلالة) على الطريق (إذا كانت فيها منفعة عظيمة ، ولا يبلغ بـه السهم إذا قاتل) أي

لانه جهاد والاول ليس من عمله ، ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد. وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم، سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع إلى أغنيائهم . وقال الشافعي « رح » لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم

الذى . قوله السهم مرفوع كما في قولك بلغ بعطائك خمسمائة بالرفع ، ولا يجوز النصب. والحاصل أنه إذا قاتل لا يزاد على سهم الراجل إن كان راجلا ولا يسهم الفارس إذا كان فارساً (لأن القتال جهاد) والذمي تبع للمسلمين فيه ، فلا يسوى بينه وبين المسلم .

(والأول ليس من عمله) أى كونه دالاً على الطريق ليس من عمل الجهاد ، فكان كسائر الأعمال (فلا يستوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد) ولكن يعطى له من أجره دلالة زيادة على السهم ، أى قدر بغت ، ولما فرغ عن بيان أحكام الأربعة الأخماس شرع في بيان حكم الخمس فقال (أما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل) هذا هو المشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله أنه يقسم على ثلاثة أصناف وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل . وقال الطحاوى في مختصره وقد روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يقسم في ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل (يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى في هذه الأصناف الثلاثة . قال العلامة بدر الدين الكردى معنى هذا القول أى إيتاء ذوى القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل لما أن سبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل . وفي التحفة هذه الثلاثة الاصناف مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الإستحقاق، حتى لو صرف إلى صنف واحد جاز كما في الصدقات (ويقدمون) أى فقراء ذوى القربى يقدمون على الاصناف الثلاثة (ولا يدفع إلى أغنيائهم) أى أغنياء ذوى القربى.

(وقال الشافعي لهم) أى لذوى القربى (خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم

ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ من غير فصل بين الغني والفقير . ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة أسهم على نحو مـــا قلناه ،

ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) وعن الشافعي يقسم الخمس على خمسة أسهـم ، سهم للنبي ﷺ في حياته وبعـــد وفاته يصرف الإمام إلى مصالـــح الدين يرى وبه قال أحمد . وعن الشافعي أنه يرد سهم النبي عليه السلام بعده على بقية الاصناف. وحكى ابن المنذر قولاً ثالثاً أنه يكون للأئمة بعده ، أي الخليفة . وقال مالك تفرقة الخمس إلى الإمام، يفرقه فيما شاء ، وسهم اليتامى لكل صغير فقير لا أب له .

(ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من بنى عبد شمس وبنى نوفل .

واعلم أن رسول الله ﷺ هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبدمناف، وكان عبد مناف خمس بين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس وأبو عمر ، وإسمه عبيد ولم يعقب ، وعثمان رضى الله عنه من بنى عبد شمس لانه عثمان بن عفان بن أبى العاص بن أمية ابن عبد شمس بن عبد مناف ، وجبير من بنى نوفل فإنه جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل. وقال ابن اسحاق عبد شمس وهاشم والمطلب أخوة لام ، وأمهم عاتكة بنت مرة ، وكان نوفل أخاهم لأبيهم .

(لقوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ من غير فصل بين الغني والفقير) فيشتركان .

(ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضي الله عنهم) وهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم (قسموه) أي الخمس (على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه) يعني به . قوله أما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم إلى آخره ، وروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح وابن عباس رضي الله عنهما أن الخمس الذي كان يقسم على عهده عليه السلام على خمسة أسهم لله وللرسول سهم ، ولذي القربى واليتامى سهم ، وللمساكين سهم ، وابن السبيل سهم ، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ثلاثـة أسهم ، سهم لليتامى وسهـم للمساكين ، وسهم لابن السبيل، انتهى . وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم

وكفى بهم قدوة ، وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس ، والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض

ينكر عليهم ، فحل محل الإجماع (وكفى بهم قدوة) أي كفى بالخلفاء الاربعة اقتداء .

(وقال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس) هذا الحديث غريب وقد تقدم في الزكاة . وروى الطبراني في معجمه من حديث عكرمة عن ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث إبنيه إلى رسول الله ﷺ فقال لهما – انطلقا إلى ابن عمكما لعله يستغنين بكما على الصدقات فأتيا النبي ﷺ فأخبراه بحاجتهما، فقال لهما لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الا يرى إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم .

(والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض) أراد بالعوض خمس الخمس، وبالعوض على صيغة إسم المفعول من التعويض الزكاة . تقريره أن العوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى الاغنياء ، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم ، لان العوض إنما يثبت في حق من فات عنه المعوض وإلا لا يكون عوضاً لذلك المعوض .

فإن قيل هذا الحديث إما أن يكون ثابتاً صحيحاً أو لا فإن كان الاول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم ، وأنتم تقسموني على ثلاثة أسهم وهو مخالفة الحديث الثابت الصحيح وإن كان الثاني لا يصح الإستدلال به . أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين ، أحدهما إثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرناه والثانية جعله على خمسة أسهم ، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم ، وهو فعل الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم كما تقدم ، ولم يقسم الدليل على تغيير العوض ممن فات منه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الحسارة بما روي أن رسول الله

وهم الفقراء ، والنبي عليه السلام أعطاهم للنصرة ، ألا ترى أنه عليه السلام علل فقال إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه ، دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة ،

ﷺ على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاةوهولا يقول بالصلاة على الشهيد ، ولكن يقول للحديث دلالتان ، إحداهما ثابتة وإن انتفت الاخرى .

(وهم الفقراء) الضمير يرجع إلى كلمة من في قوله من يثبت (والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة) هذا جواب عما يقال لو كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته لما أعطاهم النبي ﷺ ، وقد ثبت أنه أعطى بني هاشم وبني المطلب . وتقرير الجواب أن النبي ﷺ إنما أعطاهم للنصرة .

(ألا ترى أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (علل فقال أنهم لا يزالوا معي ، هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن ابن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم «رض» قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب جئت أنا وعثمان قلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك منهم اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا،وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ، فقال إنهم لم يفارقوني في الجاهلية والإسلام ، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعهم .

(دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة) وذكر أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أن أصحاب اختلفوا في هذا فمنهم من قال إنهم كانوايستحقون السهم بالمعنيين والنصرة والقرابة جميعاً ، واستدلوا بالحديث المذكور . واخبر عليه السلام أنهم استحقوا بالنصرة بالقرابة جميعاً ، فما لم يجتمعا لم يستحق ، فمن جاء بعد ذلك من القرابة فقد عدمت منه النصرة فحينئذ إنما يستحقه بالفقر دون غيره ، ولا حق لاغنياء من اصحابنا من قال إن سهم ذوى القربى في الاصل لم يجب إلا للفقراء منهم ، ولم يكن

قال فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه . وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده ، والصفي شيء كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل

مستحقاً باسم القرابة دون الفقر ، والدليل على ذلك ان النبي ﷺ أعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل وهما جميعاً في محل واحد من القرابة ، ولو كان مستحقاً بالقرب لا يستحق الجميع لتساويهم فيه ، ومن الدليل عليه ايضاً ان الخلفاء الراشدين لم يعطوا سهم ذوي القربى لأغنياء منهم ، وإنما اعطوا الفقراء .

(فأما ذكر الله تعالى في الخمس) في قوله تعالى ﴿ واعلموا انما غنمتم من شيء فإن لله خمسه ﴾ ٤١ الأنفال (فانه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه) روى ابو جعفر الطحاوي رحمه الله في شرح الإشارات بإسناده إلى سفيان الثوري عن قيس بن مسلم قال سألت الحسن بن محمد بن علي «رض» عن قول الله عز وجل ﴿ واعلموا انما غنمتم من شيء فإن لله خمسه ﴾ قال اما قوله فإن لله خمسه فهو مفتاح كلام ﴿ ولله الدنيا والآخرة ﴾ .

(وسهم النبي ﷺ سقط بموته) لانه كان يستحق ذلك لكونه رسولاً فلما مات سقط ، لانه لا رسول بعد وفاته ولن يكن استحقاقه ذلك لقيامه بأمور امته ، ولهذا لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا السهم لانفسهم ، وكانت له خصائص شرف الرسالة لم يكن للأئمة كحل التسع وحرمة نسائه بعده على المؤمنين وإباحة البضع بلا مال ، والعصمة عن الكذب (كما سقط الصفي) بفتح الصاد و كسر الفاء وتشديد الياء ، اي كما سقط الصفي بموته ، و كذا سقط خمس الخمس وسهم رجل من الغنيمة .

(ولانه) اي لان النبي ﷺ (كان يستحقه) اى السهم (برسالته) اى بسبب رسالته (ولا رسول بعده) اى بعد موته ، ولهذا لا يستحقه الخلفاء ، ولان الانبياء عليهم السلام لا يورثون .

(والصفي شيء كان النبي ﷺ يصطفيه لنفسه من الغنيمة) أي يختاره لنفسه (مثل

درع أو سيف أو جارية . وقـــال الشافعي « رح » يصرف سهم الرسول إلى الخليفة ،

درع أو سيف أو جارية) وروى أبو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير أخبرنا سفيان عن مطرف عن الشعبي قال كان النبي ﷺ يدعي الصفي إن شاء عَبداً ، أو شاء أمة ، وإن فرساً يختاره قبل الخمس ، هــذا مرسل . وأخرج أيضاً عن ابن عون «رح» قال سألت محمد بن سيرين عن سهم النبي ﷺ والصفي قال كان يضرب له سهم مــع المسلمين وإن لم يشهد ، والصفي يؤخذ له رأس الخمس ،قيل كان شيء وأخرج أيضاً عن سفيان عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت صفية من الصفي ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين«رح» ولم يخرجاه .

وقال محمد «رح» في السير الكبير بإسناده عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان سيف النبي ﷺ الذي تنفل يوم بدر كان سيف العاص بن المنبه بن الحجاج يعني اتخــذه لنفسه صفياً . قال الأترازي «رح» فهذ دليل على أنه لم يحمل من الجنة . وذكــر هشام بن محمد بن السائب الكلبي عن أبيه في كتاب السيوف كان سيف رسول الله ﷺ ذا الفقار ، وكان للعاص بن منبه الحجاج السهمي فقتله علي بن أبي طالب رضي الله عنه يوم بدر وجاء بسيفه إلى النبي ﷺ فصار بعــد لعلي رضي الله عنه أعطاه إياه النبي ﷺ وله أن يقول القائل لا سيف إلاّ ذو الفقار ولا فتى إلا علي إلى هنا كلام الكلبي « رح » . ومـــا ذكر الزمخشري في فائقه أن رسول الله ﷺ تنفله في غزوة بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو أقدم وأعلم بخلافه ولا سيما أمر المغازي ، فإن الكلبي آية فيه .

وقال الأكمل واصطفى صفية من غنائم خيبر انتهى ، قلت ذكر البخاري «رح»وغيره مسنداً إلى أنس بن مالك رضي الله عنه قال قدمنا خيبر ، فلمـــا فتح الله عليــه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن أخطب وقد قتل زوجها وكانت عروساً فاصطفاهـــا النبي ﷺ لنفسه .

(وقال الشافعي «رح» يصرف سهم الرسول إلى الخليفة) هذا في روايــة عنه ، وفي رواية يصرف إلى مصالح المسلمين كسد الثغور ، وبه قال احمد . وعن الشافعي «رح»أنه

والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا . قال وبعده بالفقر ، قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي « رح » ، وقال الطحاوي « رح » سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع ، ولأن فيه معنى الصدقة نظراً إلى المصرف فيحرم كما يحرم العمالة ، وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء ، ومنهم

يردسهم النبي ﷺ بعده على بقية الأصناف .

(والحجة عليه) أي على الشافعي «رح» (ما قدمناه) من أن الخلفاء الراشدين يرفعون بعده هذا السهم لأنفسهم (وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا) إشارة إلى قوله والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة إلى آخر ما قال .

(قال) أي القدوري (وبعده بالفقر) أي وبعد النبي ﷺ مستحقون بالفقر ، فلا يعطى شيء لأغنيائهم (قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (هذا الذي ذكره) أي القدوري أن استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي «رح» . وقال الطحاوي «رح» سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع) أشار به إلى قوله ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم (ولأن فيه) أي في سهم ذوي القربى (معنى الصدقة نظراً إلى المصرف) لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقير إذ لم يكن فقيراً لا يجوز صرفه إليه بعد النبي ﷺ باتفاق الروايات عن أصحابنا ، فلما كان فيه معنى الصدقة (فيحرم) أي ذوي القربى (كما حرم العمالة) أي كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة بضم العين، وهو ما يعطى على عمله .

(وجه الأول) أراد قول الكرخي (وقيل هو الأصح) إنما قال وقيل لأن في كون قول الكرخي رحمه الله تعالى صح اختلاف المشايخ (ماروى) خبر لقوله وجه الأول ، وقوله وقيل الأصح جملة معترضة بين المبتدأ والخبر سقط أيها الناظر (أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم) أي معاط ذوي القربى ، روى أبو داود في سننه من حديث

والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنيـــاء ، أما فقرائهم يدخلون في الأصناف الثلاثة . وإذا دخل الواحد والإثنـــان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس ،

سعيد بن المسيب حدثنا جبير مطعم أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئاً كما قسم لبني هاشم وبني المطلب ، قال وكان أبو بكر رضي الله عنه يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ ، غـير أنه لم يعط قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم رسول الله ﷺ ، وكان عمر رضى الله عنه يعطيهم ومن كان بعده منه .

(والإجماع) أى إجماع الصحابة (انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراءهم) أى فقراء ذوى القربى (فيدخلون في الأصناف الثلاثة) أى في اليتامى والمساكـين وابن السبيل ، فقد تقدم هذا في أول البحث ، وكرر هنا لزيادة الإيضاح .

فإن قيل إن كانت هؤلاء الثلاثة مصارف باعتبار الحاجة فلا يحل للأغنياء ، فإذن فلا فائدة في ذكرهم في الفقراء القرآن . أجيب بإنما ذكرهم لأن إفهام بعض الناس يذهب إلى أن الفقير منهم لا يستحق لما أنه من قبيل الصدقة ، وقد قال عليه السلام لا تحل الصدقـة لمحمد ولا لآله ، فإذا زال ذلك الوهم بتخصيصهم بالذكر .

فان قيل ما الفائدة في ذكر اليتيم لأنه يدخل في المساكين . أجيب بأنه لدفع وهم من يتوهم أن اليتيم لا يستحق الخمس ، لأن الخمس عن الغنيمة ، والغنيمة بالجهاد تحصل واليتيم ليس بأهل للجهاد فأزال ذلك الوهم بتخصيص ذكر اليتيم .

(وإذا دخل الواحد والإثنان دار الحرب مغيرين) أى حال كونهم مغيرين من الإغارة. قال الكاكي إنما ذكر بلفظ الجمع نظراً إلى قوله أخذا فكان نظير قوله تعالى ﴿ إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما ﴾ ١٣٥ النساء ، فرد الضمير إلى المعطوف والمعطوف عليه جميعاً في كلمة أو وإن كانت أو لأخذ الشيئين (بغير إذن الامام ، فأخذوا شيئاً لم يخمس) وقال الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم يخمس ، لأنـــه مال حربي أخذتهن إن كان غنيمة فيخمس .

لأن الغنيمة هو المأخوذ قهراً أو غلبة لا اختلاساً، وسرقة الخمس وظيفتها.
ولو دخل الواحد أو الإثنان يإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة، فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ قهراً وغلبة، فكان غنيمة، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين،

وأما ما ذكره المصنف «رح» بقوله (لان الغنيمة هي المأخوذة قهراً أو غلبـة) في بعض النسخ هو المأخوذ قهراً، أى من حيث القهر والغلبـة (لا اختلاساً) أى ليست الغنيمة المأخوذة من حيث الإختلاس (وسرقة) أي من حيث السرقة (والخمس وظيفتها) أي وظيفة الغنيمة والإختلاس والسرقة دار الحرب كإكتساب مالاً مباحاً مثل الاصطياد والاحتطاب، وإنما ذكر واحد واثنين. وفي المنية والثالثة في حكم الاثنين، وفي كل يخمس وتوضع في بيت المال.

(ولو دخل الواحد والإثنان بإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالامداد) بكسر الهمزة، أي بالآية (فصار كالمنعة) أي فصار الامام كالمنعة لهم، حيث أذن لهم، والرواية الأخرى وهي غير مشهورة، لأنـه لا يخمس وهي رواية البرامكة، ذكرها الناطفي في الأجناس.

(وإن دخلت) أي دار الحرب (جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الامام) هذا لفظ القدوري ولم ينص على قدر المنعة، وأشار في البرامكة في كتـاب الخراج لابن شجاع إلى التسعة. وفي المحيط عـن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة لا يسعه تقود التي لها منعة بعشرة (لأنه مأخوذ قهراً وغلبـة، فكان غنيمة) فيخمس (ولأنه يجب على الامام أن ينصرهم، إذ لو خذلهم) بالخاء والذال المعجمتين، أي لو ترك عونهم ونصرتهم (كان فيه) أي في خذلانهم ضعف المسلمين، يقال خذلت الرجل أخذله خذلاً وخذلاناً إذا ترك معونة (وهن المسلمين) أي ضعفهم. والوهن بسكون الهاء مصدر

بخلاف الواحد والإثنين ، لأنه لا يجب عليه نصرتهم .

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بأن ينفل الإمام في حالة القتال ويحرض على القتال فيقول : من قتل قتيلاً فله سلبه ، ويقول للسرية : قد جعلت لكم الربع بعد الخمس ، معناه

وهو يهن من باب ضرب يضرب ، وبالفتح مصدر من باب وهن يهن من باب علم يعلم .

(بخلاف الواحد) إذا دخل دار الحرب (والاثنين) أي بخلاف الاثنين إذا دخلا دار الحرب (لأنه لا يجب عليه) أي على الامام نصرة الواحد والاثنين (نصرتهم) .

(فصل في التنفيل)

أي هذا فصل في بيان حكم التنفيل ، وهو نوع من قسمة الغنيمة ، فكذلك ألحقه بها، يقال نفل الامام الغازي إذا أعطاه زائداً على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله سلبه نفله نفلا بالتخفيف ، ونفله تنفيلا بالتشديد لغتان فصيحتان ، كذا قال ابن دريد ، والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه أنفال .

(قال) أي القدوري (وبأس بأن ينفل الامام في حالة القتال) وفي المبسوط يستحب للإمام أن ينفل قبل الاصابة ، فعلم من هذا ما قالوه أن لفظ لا بأس يستعمل فيما تركه أولى ليس بجري على عمومه ، ولهذا قال في الكتاب التحريض مندوب إليه ، وإنما قيد بقوله في حال القتال ، لأن التنفيل إنما يصح عندنا إذا كان قبل الاصابة . وعند الأوزاعي «رح» يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل، كذا ذكره في الأسرار (ويحرض به) أي بالتنفيل (على القتال فيقول) أي الامام والعافية لتغير ما قبله (من قتل قتيلا فله سلبه) القتيل لا يقتل ، إنما أريد به من يقدر له القتل من الكفار باعتبار المال .

(ويقول) أي الامام (للسرية) وهي جيش قليل يسيرون ، وقد مر الكلام فيه (قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) هذا كلام القدوري . وقال المصنف «رح» (معناه)

بعدما رفع الخمس،لأن التحريض مندوب إليه ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ﴾٦٥ الأنفال ، وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر ، وقد يكون بغيره ، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه

أي معنى قول القدوري «رح» (بعدما رفع الخمس) يعني ربع ما أصبتم بعد رفع خمسه (لأن التحريض مندوب إليه . قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ﴾ ٦٥ الأنفال ، وهذا) أي التنفيل (نوع تحريض) لأن المنفل له يجد في القتال لأجل ما يحصل له من الزيادة على سهمه المعين المقدر .

فإن قيل قوله حرض أمر ومطلقه ينصرف إلى الوجوب ، أجيب بأنه يعارضه دليل قسمة الغنائم،فانصرف إلى الاستحباب.

(ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) أي بما ذكر القدوري «رح» ، وهو التنفيل بالربع بعد الخمس ، أو التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) أي بغير ما ذكره ولا ينحصر بما ذكره ، بل يجوز بغيره بأن يقول جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلا ، أو يقول ما أصبتم فلكم ، إلا أن الأولى أن لا يجعل بجميع المأخوذ ، لأن فيه قطع الباقين من القراة ، ومع هذا لو فعل جاز لما فيه من المصلحة على ما يجيء . وقال الأترازي « رح» وقال بعض الشارحين أراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وفيه نظر ، لأنه دخل تحت ما ذكره في مختصر القدوري ، لأن السلب يشتمل على ما في وسط القتيل من الذهب والفضة ، فكيف يكون غير ما ذكر المختصر ، قلت أراد ببعض الشارحين صاحب النهاية ، فإنه قال وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وتبعه الأكمل على ذلك .وليس هذا محل نظر ، لأن الغالب في السلب هو ما يكون على القتيل من سلاحه وثيابه.وكون الذهب والفضة في وسطه نادر ، ومع هذا لو صرح الامام في التنفيل بالذهب والفضة يجوز. وقال صاحب الايضاح ويجوز التنفيل بسائر الأموال من الذهب والفضة وغير ذلك.

(إلا أنه) أي غير أن الشأن (لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه

إبطال حق الكل ، فإن فعله مع السرية جاز ، لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه ، ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام ، لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز . قال إلا من الخمس ، لأنه لا حق للغانمين في الخمس ، فإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة ، والقاتل وغيره في ذلك سواء . وقال الشافعي

إبطال حق الكل) أي حق كل الغزاة (فان فعله مع السرية جاز) أي فان فعل الامام التنفيل مع سرية يبعثها جاز (لان التصرف إليه) أي للامام (وقد تكون المصلحة فيه) أي في تنفيله كذلك .

وذكر في السير الكبير إذا قال الامام لعسكره جميعاً ما أصبتم فلكم نفلا بالسوية لا يجوز ، لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال ، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل . وكذلك إذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس ، لان فيه إبطال الخمس الذى أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين ، وذلك لا يجوز .

(ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الاسلام) هذا لفظ القدورى «رح» لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز) أي بدار الاسلام ، فلا يجوز للإمام أن يقطع حق الغير (قال إلا من الخمس) أي قال القدورى ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخمس. وقال المصنف (لانه لا حق للغانمين في الخمس) فلا يلزم قطع حقهم ، فيصرف الامام فيه على ما رأى من المصلحة في أموال المسلمين .

فان قيل إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين ففيه إبطال حق الاصناف الثلاثة، وذلك واجب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحد من الاصناف الثلاثة ، فلم يكن ثمة إبطال حقهم ، إذ يجوز صرف الخمس على أحد الاصناف الثلاثة لما تقدم أنهم مصارف لا يستحقون ، لكن ينبغي أن يكون المنفل له فقيراً ، لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء ، فجعله للغني إبطال المحتاجين .

(وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغير سواء . وقال الشافعي

« رح » السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً لقوله عليه السلام من قتل قتيلاً فله سلبه ، والظاهر أنه نصب شرع ، لأنه بعث له ، ولأن القاتل مقبلاً أكثر غناء فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره. ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم

السلب للقاتل) وبه قال أحمد «رح» (إذا كان من أهل أن يسهم له) أو من أهل أن يرضخ له عند أحمد ، وعند الشافعي من أن يكون له الرضخ فله سلبه قولان . في قول كقول أحمد «رح» ، وفي قول لا سلب له (وقد قتله مقبلا) وقال الاترازى قال الشافعي إذا كان القاتل مقبلا فالسلب للقاتل انتهى ، هذا مصرح إن كان مقبلا حال من الضمير المرفوع في وقد قتلة ، وهذا سهو منه فانه حال من الضمير المنصوب فيه كما ذكرنا ، وقد كتب شيخي العلاء بيده مقبلا حال من المفعول ، أى حال كون الكافر مقبلا لا حال كونه مدبراً بالهزيمة . وكذا قال تاج الشريعة في شرحه قوله مقبلا حال من المفعول ، لان الشرط عنده ، أى عند الشافعي كون القتيل مقبلا ، حتى لو قتل منهزماً أو نائماً أو مشغولا بشيء لم يستحق السلب . قوله مقبلا الواو فيه للحال، ومقبلا حال أيضاً من الضمير المنصوب في قتله احترز به عما إذا قتله مدبراً فانه لا سلب له .

(لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (من قتل قتيلا فله سلبه) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه (والظاهر أنه) أي أن هذا الحديث (نصب الشرع) كما في قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ، فيكون السلب للقاتل سواء شرطه الإمام أو لم يشترط (لأنه بعث له) أي لأن النبي ﷺ بعث لنصب الشرع (ولأن القاتل مقبلا) أي كافراً مقبلا إليه (أكثر غناء) أي كفاية في الجهاد (فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره) أي بين قاتل الكافر المقبل وبين قاتل الكافر المدبر المعر ، وقد شرح الأترازي هذا الموضع بناء على قوله إن مقبلا حال من القاتل ،وقد ذكرنا أنه سهو منه ، والمبني أيضاً سهو .

(ولنا أنه) أي أن السلب (مأخوذ بقوة الجيش غنيمة) على وجه القهر (فيقسم

قسمة الغنائم كما نطق به النص . وقـــال عليه السلام لحبيب
ابن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك

قسمة الغنائم كما نطق به النص) وهو قوله تعالى ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء ﴾ ...الآية.
(وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت بـه نفس إمامك) قال مخرج أحاديث الهداية ، هكذا وقع في الهداية حبيب بن أبي سلمة، وصوابه حبيـب بن مسلمة . قلت هكذا هو في كتب أسماء الصحابة ، قال أبو عمرو رحمـه الله ذكره في باب الحاء المهملة بفتح الحاء . وقال حبيب بن مسلمة بن مالك الاكبر وهـب بن ثعلبة بن واثلة بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهـر بن مالك القرشي الفهري ، يكنى أبا عبد الرحمن يقال له حبيب الروم لكثرة دخوله إليهم وسلته منهم وولاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعمال الجزيرة إذا عزل عنها عياض بن غنم ، وضم إلى حبيب بن سلمـة إرمينية وأذربيجان بعثه إلى أذربيجان وسلمان بن أبي ربيعة أحدهما مدد الصحابة، فتواعد بعضها بعضاً ومات بأرمينية سنة إثنتين وأربعين .

ثم حديثه الذي ذكره المصنف رواه الطبراني في معجمه الكبير والاوسط حدثنا أحمد ابن معلا الدمشقي والحسين بن إسحاق التستري وجعفر بن محمد الفريابي قالوا حدثنا أحمد بن عمار انا عمرو بن واقد انا موسى سيار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال نزلنا دابقاً وعلينا أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه فبلغ حبيب بن مسلمة أن نبـه صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج إليه فقتله فجاء بما معه ، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمـة لا تحرمني رزقاً رزقنيه الله تعالى ، فإن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب إني سمعت رسول الله ﷺ يقول إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه، انتهى. وفي مسنده عمرو بن واقد الدمشقي البصري مولى قريش . قال البخاري منكر الحديث . وقال النسائي متروك .

ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن [1] أمية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري أن نبه

---

(١) في شرح فتح القدير بغير – أبي – اهـ مصححه .

صاحب قبرص خرج بتجارته متجهـــاً بها بطريق أرمينية فخرج عليه حبيب بن مسلمـة فقاتله فجاء بسلبه يحمله على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزمرد والزبرجد ، فأراد حبيب ان يأخذه كله ، وابو عبيدة رضي الله عنه يقول بعضه ، فقال حبيب لابي عبيدة قدقال رسول الله ﷺ من قتل قتيلا فله سلبه ، فقال ابو عبيدة لم يكن ذلك للأبد . وسمع معاذ بن جبل رضي الله عنه بذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه ، فقال معاذ لحبيب ألا يبقى اليه وتأخذ ما طابت به نفس مالك ، فانما لك ما طابت نفس إمامك .

وحدثهم معاذ عن النبي ﷺ فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس ، فباعـــه حبيب بألف دينار ، وذكره البيهقي في المعرفـــة بهذا الإسناد ، ثم قال وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه رواية عن مكحول مجهول ، وهذا الإسناد لا يحتج به ، انتهى . وفي هذا الموضع نظر معي ثلاثة منها ترجع إلى كلام المصنف ، الاول : أنه ذكر حبيب بن أبي مسلمة وليس في الصحابة إلا حبيب بن مسلمة كما ذكرنا. والثاني:أن الحديث الذي احتج به لأصحابنا ضعيف كما ذكرنا . الثالث : أن هذا الحديث ليس لحبيب فإنه ما سمعـه من النبي ﷺ وإنما هو لمعاذ بن جبل سمعه من النبي ﷺ ورد على حبيب حين أراد أن يسند بالسلب الذي أخذه كما ذكرنا . والنظر الرابع يرجع إلى الشراح فإنهم كلهم نكثوا عـن التحرير في هذا الموضع ورضوا بما شرحوا فيه بما لا يرضى به من له أدبر الإمام بالتصرف في الحديث ، وجعلوا هذا حجة على الشافعي ، وكيف يكون حجة وفيه ما ذكرناه .

واستدل الأترازي هنا لأصحابنا فقال وروي في السنن وشرح الآثار مسنـــداً إلى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ من فعـــل كذا فله كذا ، فذهبت شبان الرجال وحبست الشيوخ تحت الرايات ، فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم ، فقال الشيوخ لا تستأثروا علينا ، فانا كنا تحت الرايات ، ولو انهزمتم كنا ردءاً لكم ، فأنزل الله عز وجل ﴿ يسألونك عن الأنفال ﴾ فقرأ حتى بلـــغ ﴿ كما أخرجك ربك من بيتك بالحق وإن فريقاً من المؤمنين لكارهون ﴾ الأنفال،أطيعوني في هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمري حيث خرجتم وأنتم كارهون ، فقسم بينهم بالسواء ،

وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل ، فتحمله على الثاني لما رويناه ، وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه ، والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه ، وكذا ما كان مركبه من السرج والآلة ، وكذا

ففي هذا الحديث دليل على أن السلب لا يكون للقاتل،لأنه لو كان له لإعطاء النبي عليه السلام خاصة دون غيره انتهى .

واعترض عليه البيهقي بأن لا حجة لهم فيه ، فان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب ، فيعطى منها ما شاء . وقد قسم لجماعة لم يشدوا ثم نزلت الآية في الغنيمة بعد بدر ، فقضى عليه السلام بالسلب للقاتل ، واستقر الأمر على ذلك انتهى. قلنا حاصل هذا الكلام أن قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً فله سلبه على وجه التنفيل ، وكذلك قال أبو عبيدة لم يقل ذلك للأبد ولا سيما إذا كان السلب كثيراً ، ألا ترى إلى ما رواه الطبراني في معجمه عن الشعبي أن جرير بن عبد الله البجلي بآذر مهران قتله فقومت منطقته بثلاثين ألفاً ، فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر ليس هذا من السلب الذي يخمس ، ولم ينفله وجعله مغنماً .

(ومـا رواه) أي الشافعي (يحتمل نصب الشرع ، ويحتمل التنفيل فيحمله على الثاني) أي لحمل الحديث الذي رواه الشافعي (لما روينا) أي حديث حبيب وهو قوله عليه السلام ليس لك من سلب القتيل إلا ما طابت به نفس إمامك دفعاً للتعارض (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لأن القاتل مقبلا أكثر غناء ، وهو أن زيادة الغناء في واحد (لا يعتبر في جنس واحد)وهوالكروالفر(كما ذكرناه) إشارة إلى ما ذكره في فصل كيفية القسمة ، ولأن الكر والفر من جنس واحد ، وإلى قوله تعذر اعتبار مقدار الزيادة ، لأنه كم من واحد من الفرسان أو الرجال مثل الألف في الغناء ، ولا يعتبر ذلك في استحقاق زيادة السهم ، لأنه من جنس واحد .

(والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه) بالرفع عطفاً على قوله ما على المقتول ، أي السلب أيضاً مركبه (وكذا) أي وكذا السلب (ما على مركبه منالسرج والآلة) أي وآلة السرج نحو بشرقه وخدامه وعباءه ولجامه (وكذا) أي وكذا السلب

ما معـــه على الدابة من مالـــه في حقيبته أو على وسطـــه ، وما عدا ذلك فليس بسلب ، وما كان مع غلامه على دابـــة أخرى فليس بسلبه ، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين ، فأمـــا الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل ، حتى لو قـال الإمام من أصاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطئها ، وكذا لا يبيعها ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

وقال محمد « رح » له أن يطأها ويبيعها ،

(ما معه على الدابة من ماله في حقيبته) وهي الوعاء الذي يجعل في الرجل حوائجـــه وزوادته فيه ، ويجعل في مؤخر القبت . وفي الجمهرة القبية الرقادة في مؤخر القبت (أو على وسطه) نحو الهميان (وما عدا ذلك) أي المذكور من هذه الأشياء (فليس بسلب) وقال الشافعي السلب ما كان عليه من ساحة الحرب كالثياب التي يقاتل فيها ، والسلاح الذي به ، والمركوب الذي يقاتل عليه ، فأما ما في يده لا يقاتل به كالمنطقـــة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته ففيه قولان ، أحدهما : أنـــه ليس من السلب ، وبه قال أحمد في رواية ، والثاني: أنـــه من السلب وهو قولنا ، وعن أحمد في مركبه روايتان .

(وما كان غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه) بل هو من الغنيمة .

(ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين ، فأما الملك فانما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل) إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم بقوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة ، والثانية منعدمة ، أي اليد الناقلة منعدمة قبل الإحراز فلا يثبت الملك .

(حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحـــل له وطئها ، وكذا لا يبيعها ، وهـــذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد له أن يطأها ويبيعها) ذكر الخلاف في الزيادات بين محمد وصاحبه ، واعتمد عليه صاحب الاسرار ، وتبعه صاحب الهداية ولم يذكر الخلاف في السير الصغير ، واعتمد عليه الحاكم الشهيد في

لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قـــد قيل على هذا الإختلاف

الكافي ، وذكر الكرخي بين أبي حنيفة ومحمد ، ولم يذكر قول أبي يوسف فقال لا يطأها عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد ، واعتمد عليه صاحب المختلف والمنظومة (لأن التنفيل يثبت به الملك عنده) أي عند محمد ، وبه قالت الثلاثة (كما يثبت) أي الملك (بالقسمة في دار الحرب) أي بقسمة الامام الغنائم (والشراء من الحربي) فان اشترى جارية أو غيرها في دار الحرب من الحربي (ووجوب الضمان بالاتلاف) لفظ وجوب الضمان مرفوع بالابتداء وخبره قوله (قد قيل على هذا الاختلاف) وفي بعض النسخ وقـد قيل بالواو ، فيكون معطوفاً على قوله الملك،أي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على ما أتلف من القراءة سلبه الذي أصابه والاول أولى .

وإنما ذكره دفعاً لشبهة يرد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبيان ذلك أن محمداً رحمه الله ذكر في الزيادات أن المتلف السلب ، نقله الامام يضمن ، لان الحق متأكد ولم يذكر ، فورد الضمان شبهة عليها ، لان الضمان دليل تمام الملك ، فينبغي أن يحل الوطء على مذهبها أيضاً بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك أنه أيضاً على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن ، والله أعلم .



باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بينته إن شاء الله تعالى ، فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتباراً بسائر أملاكهم ، وإذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها . وقال الشافعي « رح » لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور

(باب استيلاء الكفار)

أى هذا باب في بيان استيلاء الكفار ، وهذه الاضافة من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل . ولما شرع في استيلائهم بدأ باستيلاء بعضهم بعضاً فقال :

(وإذا غلب الترك على الروم) الترك جمع تركي ، والروم جمع رومي ، والمراد كفار الترك ونصارى الروم (فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها، لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب) أي الاستيلاء على مال مباح (هو سبب الملك على ما بينته) أى عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا .

(فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك) أي مانجده في أيدي الترك مما أخذوه من الروم (اعتباراً بسائر أملاكهم) أي قياساً على سائر أموال الترك ، لانهم لما ملكوا الذي أخذوه من الروم بالاستيلاء صار هو ومالهم الاصل سواء (وإذا غلبوا) أى الكفار (على أموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها) وبه قال مالك وأحمد إلا عند مالك يملكونها لمجرد الاستيلاء بدون الاحراز . ولاحمد روايتان في رواية مع مالك ، وفي رواية معنا .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا يملكونها ، لان الاستيلاء محظور) أى ممنوع حرام

ابتداء وانتهاء ، والمحظور لا ينتهض سبباً للملك على مـــا عرف من قاعدة الخصم

مطلقاً (ابتداء) أي في دار الاسلام (وانتهاء) أى بعد الاحراز بدار الحرب (والمحظور لا ينتهض سبباً للملك) أى المحظور من وجه لا يكون سبباً للملك لان المحظورمن كل وجه وهو الباطل لا يكون سبباً للملك عندنا أيضاً كالبيع بالميتة والدم والخمر (علىماعرف من قاعدة الخصم) وهي إراءة اليهم أن النهي بعد المشروعية عنده. وقال الكاكي وتقييده بقاعدة الخصم إنما يصح في المحظور من وجه دون وجه ، كما في البيع الفاسد ، أمـــا المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كما في استيلاء المسلم على مال المسلم .

فان قلت يؤيد ما قاله الشافعي ماروي عن عمران بن الحصين أن المشركين أغاروا على سرح المدينة وذهبوا والعضباء وأسروا امرأة الراعي فانفلتت ذات ليلة فأتت بالعضباء فقعدت في عجزها ونذرت إن نجاها الله لتنحرنها ، فلما قدمت المدينة ذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال بئس ما جزيت ، لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وأخذ ناقته ، وعلم بهذا أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين ، فلو كانوا يملكون لملكت المرأة العضباء بالاخذ منهم. قلت كما كانوا أحرزوها بدارهم وأخذ المرأة العضباء كان قبله في الطريق. وقيل الاحراز لا يثبت الملك . ودليلنا من القرآن قوله تعالى ﴿ للفقراء المهاجرين ﴾ ... ٨ الحشر ، قاله تعالى سماهم فقراء ، والفقير من لا ملك له ، فلو لم يملك الكفار أموالهم لمـــا سموا فقراء .

ودليلنا من المعقول هو قوله (ولنا أن الاستيلاء) أى استيلاء الكفار (ورد على مال مباح) لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على محل مطلقاً على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال ومن الادخار في المال والاقتدار بهذه الصفة لا يكون إلا بعد الاحراز ثم بعد إحرازهم ارتفعت العصمة فورد الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور ، فصار كالاستيلاء على الصيد والحطب ، ولهذا لا يملكون رقابنا .

فان قيل قال الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ، فكيف يملكون أموالنا بالاستيلاء والتمليك بالقهر من أقوى جهات السبيل . قلنا النص

عاد مباحاً كما كان غير أن الإستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار ، لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً ، والمحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ، وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل ،

عادمباحاً كما كان) في الأصل.وفي الكافي قوله في الهداية، لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل إلى قوله عاد مباحاً مشكل ، فإنا إذا غلبنا على أموال أهل البغي واحرزنا بدارنا لم يملكها مع زوال المكنة ، إلا أن يقال أراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب . ثم أصل الدار واحدة وهي بحكم الديانة مختلفة ، فتثبت العصمة من وجه دون وجه ، فلم يثبت الملك بالشك ، بخلاف أهل الحرب ، لأن الدار مختلفة، والنعت متباينة من كل وجه، فبطلت العصمة لنا في حقهم .

(غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالاحراز بالدار ، لأنه) أي لأن الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً) أي بالانتفاع بالمال في الحال (ومآلاً) أي عاقبة ، يعني بالادخار إلى الزمن الثاني (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم أن الاستيلاء محظور لا ينتهض سبباً للملك . تقريره أن يقال سلمنا أنه محظور ، لكنه محظور لغيره مباح في نفسه ، يعني أن المال مباح لعينه ، لكن الحظر فيه لحق الغير وهو المالك والمحظور لغيره، يعني لا يعنيه (إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك) كالصلاة في الأرض المغصوبة ، فإنها لا تصلح سبباً لاستحقاق إعلاء النعم وهو الثواب في الآخرة ، فلأن يصلح للملك سبباً للملك في الدنيا أولى وهو معنى قوله (وهو الثواب الآجل) يعني في الآخرة (فماظنك بالملك العاجل) يعني في الدنيا على أنا نقول المحظور قد يصلح أن يكون سبباً للملك كما في السوم على سوم أخيه ، والبيع عند الأذان يوم الجمعة وبيع الحاضر للبادي ، وبيع المتلقي للسلعة فانتقض أصله حينئذ .

وفي الكافي والمحظور بغيره إلى قوله بالملك العاجل مشكل أيضاً ، لأن العصمة لا تخلو إما أن زالت بالاحراز بدراهم أو لا ، فإن زالت لا يكون الاستيلاء محظور لما مر

ولنا أن الإستيلاء ورد على مال مباح ، فينعقد سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم ، وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاء ، فإذا زالت المكنة

يتناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء ، بل يملكون مالاً مباحاً ذكرنا .

فإن قلت يرد عليكم الاسترداد بالملك القديم من الغازي الذى وقع في قسمته أو من الذى اشتراه من أهل دار الحرب بدون رضي الغازى . قلت أجيب بأن بقاء الاسترداد بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ، ألا ترى أن للواهب الرجوع في الهبة والاعادة إلى قديم ملكه بدون رضى الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال ، وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشترى بحق الشفعة بدون رضى المشترى مع ثبوت الملك له . قلت القياس على الهبة فيه نظر على ما لا يخفى .

فان قلت لا نسلم ان المال مباح بأصل الخلقة . قلت إنه مباح به لقوله تعالى ﴿ خلق لكم ما في الارض جميعاً ﴾ ٢٩ البقرة ، واللام للاختصاص ،فيقتضي الاختصاص لجهة الانتفاع مطلقاً دون اختصاص الواحد بشيء من ذلك ، لان فيه منع الباقين من الإنتفاع، وقد أضيف إليهم جميعاً بحرف الإختصاص .

(فينعقد) أي ورود الإستيلاء على مال مباح (سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم) بعد الإحراز ، وإنما تثبت العصمة للمال لتمكن المالك من الإنتفاع ودفع الحاجة ، لأنه إذا لم يكن معصوماً كان كل واحد بسبيل من التعرض، فلا تحصل المصلحة المطلوبة من العصمة وهي التمكن من الإنتفاع ودفع الحاجة بعد إحرازهم ارتفعت العصمة ، فعاد مباحاً فملكوه بالإستيلاء .

(وهذا) إشارة إلى أن الإستيلاء ورد على مال مباح ، وبينه بقوله (لأن العصمة) أي في المال (تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ ٢٩ البقرة ، يقتضي أن لا يكون مالاً معصوماً لشخص ، وإنما تثبت العصمة (ضرورة) أي لضرورة (تمكن المالك من الانتفاع ، وإذا زالت المكنة

فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوها لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة

أنه على مال مباح وإن لم يترك لم تصر ملكاً لهم كما في مسألة البغاة ، إلا أن يقال العصمة المؤثمة باقية ، لأنها بالاسلام وإن زالت بالقومة لأنها بالدار .

(فإن ظهر عليها المسلمون) أي فان غلب المسلمون على الأموال التي أخذها الكفار منا (فوجدها المالكون قبل القسمة فهي) أي تلك الاموال (لهم) أي للملاك (بغير شيء) يعني يأخذونها مجاناً (وإن وجدوها بعد القسمة) أي بعد قسمة الامام الغنائم (أخذوها بالقيمة إن أحبوا) يعني إن أرادوا أن يأخذوها يأخذونها بقيمتها . قال الأترازي « رح » وعند الشافعي « رح » يأخذون في الوجهين بغير شيء قلت قال الشافعي « رح » ولكن الامام يعوض من وقع في سهمه من بيت المال وإن لم يكن في بيت المال شيء أعاد القسمة .

(لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (فيه) أي هذا الحكم (إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة) هذا الحديث أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به ، وإن وجده قسم به فان شاء أخذه بالثمن . وقال الحسن بن عمارة متروك .

وروى الطبراني في معجمه عن ياسين الزيات عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة رضي الله عنه قال أصاب العدو ناقة رجل من بني سليم ، ثم اشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها ، فأتى النبي ﷺ فأخبره فأمره عليه السلام بالثمن الذي اشتراها به صاحبها من العدو وإلا يخلى بينه وبينها ، رواه أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة

ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظراً له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين ، والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة .

قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا إلى النبي ﷺ فأقام البينة أنها ناقته ، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو ، فقال النبي ﷺ إن شئت أن تأخذها بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق به ، وإلا فخل ناقته . وقال عبد الحق ياسين ضعيف .

وأخرج الدارقطني أيضاً في سننه عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ، ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء ، قال الدارقطني إسحاق متروك ، وهذا كما رأيت كله لا يرضى به الخصم، ولم يبق إلا أن يحتج لما رواه الدارقطنى «رح» وهذا في مسنده عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ما أصاب المشركون من أموال الناس فظهر عليهم فرأى رجل متاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، فإذا قسم ثم ظهر عليه فلا شي له ، إنما هو رجل منهم .

وكذا روى أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه عن خلاس عن علي رضي الله عنه نحوه ، قال البيهقي رواية خلاس عن علي ضعيفة . قلت قال ابن حزم رواية خلاس عن علي رضي الله عنه صحيحة .

(ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه ، فكان له حق الأخذ نظراً له) فيأخذه بغير شيء قبل القسمة ، لأن الملك في المغنوم عام بين الغانمين فقل الضرر عليهم (إلا أن في الأخذ) أي غير أن في أخذ المالك القديم (بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص ، فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين) بغير جانب المالك القديم والمالك الجديد (والشركة قبل القسمة) أي قبل قسم الإمام الغنيمة (عامة) بينهم (فيقل الضرر ، فيأخذه بغير قيمة) والدليل على عموم الملك بين الغانمين أن واحداً من الغانمين

وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه وإن شاء تركه ، لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً ، ألا ترى أنــه قد دفع العوض بمقابلته ، فكان اعتدال النظر فيما قلناه . ولو اشتراه بعوض يأخذه بقيمـــة العوض . ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص ، فلا يزال إلا بالقيمة ، ولو كان مغنوماً

لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك لعموم الشركة ، بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة .

(وإن دخل دار الحرب تاجر واشترى ذلك) أي الذي استولى عليه الحربي (وأخرجه) أي أخرج ذلك الشيء إلى دار السلام (فمالكــه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه) أي التاجر ، والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه ، كذا ذكره الحاكم الشهيد «رح» (وإن شاء تركه لأنه) أي لأن التاجر (يتضرر بالأخذ مجاناً) يعني بغـــير شيء (ألا ترى أنه) أي أن التاجر (دفع العوض بمقابلته) أي بمقابلة ذلك الشيء الذي اشتراه (فكان اعتدال النظر فيما قلنا) وهو قوله اعتدال النظر من الجانبين .

(ولو اشتراه بعوض) أي الشيء بالشيء (يأخذه بقيمة العوض) أي بقيمـــة ذلك العوض الذي اشتراه (ولو وهبوه لمسلم) أي ولو وهب أهـــل الحرب ذلك الشيء لمسلم (يأخذه) يعني صاحبه (يأخذه بقيمته) أي بقيمة ذلك الشيء (لأنـــه ثبت له) أي للموهوب له (ملك خاص) بالهبة (فلا يزال إلا بالقيمة) قيل على أن الملك يثبت للموهوب له مجاناً ، فلا يتضرر بالأخذ منه مجاناً ، بخلاف ما يثبت لأحد الغزاة بالقسمة ، لأن هـــذا الحق إنما تعين له بأداء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقين . وأجيب بأن الملك ها هنا أيضاً يثبت بالعوض معنى ، لأن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة ، فجعل ذلك معتبراً في اثبات حقه في القيمة .

(ولو كان) أي ما أخذه الكفار من المسلمين (مغنوماً) أي مأخوذاً بالقهر والغلبة

وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد ، وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذه لما بينا . وكذا إذا كان مشترى بمثله قدراً ووصفاً . قال فإن أسروا عبداً فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه فأخذ إرشها ، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ، أما الاخذ بالثمن فلما قلنا ، ولما يأخذ الارش ، لان الملك فيه صحيح ،

(وهو مثلي) أي والحال أنه مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه) أي صاحبه وهو المالك القديم (قبل القسمة) بلا شيء (ولا يأخذه بعدها) أي بعد القسمة (لأن الأخذ بالمثل غير مفيد) لأنه لو أخذه أخذ بالمثل ولا فائدة فيه (وكذا) أي وكذا حكم المثلي (إذا كان موهوباً لا يأخذه) لا يأخذه المالك القديم بعدم الفائدة (لما بينا) إشارة إلى قوله ، لأن الأخذ بالمثل غير مفيد .

(وكذا إذا كان مشترى بمثله قدراً ووصفاً) أي وكذا لا يأخذه المالك القديم أيضاً إذا كان ما أخذه الكفار منا وأحرزوه بدارهم مشترى بمثله قدراً ووصفاً ، لأنه لا فائدة في أن يعطى عشرة مثاقيل جياد، ويأخذ عشرة مثاقيل جياد ويعطي عشرة أقفز جيدة، ويأخذ عشرة أقفز جيدة ، وإنما قيد بقوله قدراً ووصفاً احترازاً عما لو اشتراه المسلم بأقل قدراً منه أو بخمس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفاً فإن له أن يأخذه بمثل المشترى ، ولا يكون ذلك رباً ، لأنه إنما قدر ليستخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه، لا أنه يشتريه ابتداء .

(قال) أي محمد رحمة الله عليه (وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه فأخذ) أي المولى (إرشها) أي إرش العين (فإن المولى) أي المولى الأول (يأخذه) أي يأخذه العبد (بالثمن الذي أخذ به من العدو ، وأما الأخذ بالثمن فلما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً (ولا يأخذ) أي المالك القديم (الإرش ، لأن الملك فيه صحيح) احترازاً عن الشراء الفاسد، فإن الوصف فيه مضمون.

فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن ، لأن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة

(ولو أخذه) أي المالك لو أخذ الإرش (أخذه بمثله وهو لا يفيد) لأن الإرش دراهم أو دنانير (ولا يحط شيء من الثمن) يعني إذا أخذ الإرش لا يحط شيء من الثمن بسبب فقىء العين ، لأن العين بمنزلة الوصف لأنه يحصل بها صفة الكمال في الذات فيه ، ولا ينحط شيء من الثمن (لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) وفي النهاية في قوله لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن نظر . قال الكاكي قال شيخي العلامة وهو مشكل ، وهكذا ذكر في الكاكي ، لأن الأوصاف إنما لا يقابلها شيء من الثمن إذا لم يصر مقصوداً بالتناول ، فأما إذا صار مقصوداً فله حط من الثمن ، كما لو اشترى عبداًففقئت عينه ثم باعه مرابحة ، فإنه يحط من الثمن ما يخص العين ، بخلاف ما إذا اعورت ، ذكره في الفوائد الفهيرية .

وكما في مسألة الشفعة المذكورة في الكتاب ، وهنا صارت مقصودة بالتناول،فينبغي أن يكون للمالك القديم حط ما يخص العين من الثمن أجيب عنه بأن الوصف إنما بمقابلة شيء من الثمن عند صيرورته مقصوداً بالتناول في الملك الفاسد ، أو في موضع الشبهة كما في المسائل المذكورة ، فإن الملك في المشترى بالنسبة إلى الشفيع كالفاسد . وفي مسألة المرابحة الشبهة تلحقه بالحقيقة لا لإثبات المرابحة على الأمانة دون الخيانة ، وهذا لأن الوصف مضمون في الغصب مراعاة لحق المالك . وكذا في الشراء الفاسد ، أما في الشراء الصحيح الثمن يقابل العين لا الوصف ، إذ الوصف تابع ، ولهذا لو ظهر للمبيع وصف مرغوب قد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطالب بمقابله شيء وقد فات الملك في ملك صحيح ، وبذهابه لا يسقط شيء من الثمن ، لأنه تابع . ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فذهبت يده أو عينه لا يسقط شيء من الثمن .

(بخلاف الشفعة) يعني بخلاف الوصف في مسألة الشفعة حيث يقابله شيء من الثمن . قال الكاكي قوله بخلاف الشفعة إنما يستقيم فيما إذا كان فوات الأوصاف في الشفعة بفعل قصدى ، فحينئذ يقابلها شيء من الثمن في الشفعة ، بخلاف مسألتنا ، أما إذا كان فواتها

لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشترى في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسداً ، والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب ، أما ها هنا الملك صحيح فافترقا . وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانية وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء ، لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما ، وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائباً ليس للأول

بآفة سماوية في الشفعة بأن حرق البستان فلا يقابلها شيء من الثمن ، فحينئذ لا تخالف مسألة الشفعة مسألتنا .

(لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشترى) بفتح الراء (في يد المشترى) بكسر الراء (بمنزلة المشترى) بفتح الراء (شراء فاسداً ، والأوصاف تضمن فيه) أي في الشراء الفاسد ، لأنه واجب الرد (كما في الغصب) إذ الواجب فيه القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع . (أما هاهنا) أي فيما إذا اشترى من العدو (الملك صحيح للمشترى فافترقا) أي الملك صحيح ، والمشترى شراء فاسداً .

(وإن أسروا عبداً) أي وإن أسر أهل الحرب عبداً من المسلمين (فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانية) أي مرة ثانية (وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني) لأن الاسرار ما ورد على ملكه ، وللمشترى الأول أن يأخذه من الثاني (بالثمن لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشترى الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء ، لأنه قام عليه) أي على المشترى الاول (بالثمنين فيأخذه بهما ، فكذا إذا كان المأسور منه الثاني) وهو المشترى الاول (غائباً ليس للأول)أي للمولى الاول وهو

أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته ، ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ، ونملك عليهم جميع ذلك ، لأن السبب إنما يفيد الملك في محله ، والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه ،

المالك القديم (أن يأخذه اعتباراً [١] بحضرته) أى بحضرة المأسور منه الثاني وهو المشترى الاول .

قال الاكمل رحمه الله واعترض على قوله وللمشترى الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن ما قالوا بشفاء حق الاخذ الذى اشتراه من العدو وتضرر المالك ، لانه حينئذ يأخذه بالثمن . وأجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولاً أولى ، لان حقه يعود في الالف التي بعدها بلا عوض يقابلها ، والمالك القديم يلحقه الضرر ، ولكن يعرض بمقابله وهو العبد ، فكان ما قلناه أولى .

(ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ، ونملك عليهم) أى على أهل الحرب (إذا غلبنا عليهم جميع ذلك) إشارة إلى ذكر من الديونس [٢] وغيرهم ،وفائدة ذلك أن المولى يأخذه وهؤلاء بلا شيء قبل القسمة، وبعدها كذلك إن اشترى رجل واحد من ما ذكرنا من أهل الحرب بعد استيلائهم بأخذ المولى بلا شيء ، والاصل فيه ما ذكرنا في شرح الطحاوى أن كل ما يملك بالميراث يملك بالامر والإسترقاق والقهر والغلبة ، وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالاسر والإسترقاق والقهر والغلبة (لان السبب) وهو الإستيلاء (إنما يفيد الحكم في محله) يعني إذا قصد بالمحل كما في سائر الأسباب (والمحل المال المباح ، والحر معصوم بنفسه) باعتبار أن الآدمي خلق للحمل لأعباء التكاليف ، ولا قدرة على التكليف إلا بواسطة العصمة ، فكان التعرض له حراماً .

---

(١) بحال حضرته - هامش .

(٢) هكذا رسمت الكلمة في الاصل .

وكذا من سواه ، لأنه تثبت الحرية فيه من وجه ، بخلاف رقابهم ، لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقـــاء ، ولا جنايـــة من هؤلاء . وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة ، رح » . وقالا لا يملكونه ، لأن العصمة لحق المالك لقيام يده ، وقد زالت . ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه .

(وكذا من سواه) أي من سوى الحر من أم الولد والمدبر والمكاتب فللمالك أن يأخذهم قبل القسمة بغير شيء وقال مالك واحمد يملكون المدبر والمكاتب بالإستيلاء حتى يأخذهما سيدهما بالقيمة في الهبة وبالثمن بالشراء أو في أم الولد لا يملكونها عند أحمد «رح» . وقال الزهري يأخذها سيدها بالقيمة في الهبة. وقال مالك «رح» يفديها الإمام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها يستحل فرجها من لا يحل له (لأنه تثبت الحرية فيه) أي فيمن سوى الحر (من وجه) لاستحقاقهم الحرية ، ولهذا لا يصح أن يملكهم بالعقود .

(بخلاف رقابهم) أي رقاب أهـــل الحرب (لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء) لأنهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى جازاهم بأن جعلهم عبيـــد عبيده (ولا جناية من هؤلاء) أي من أحرارنا ومدبرنا وأمهات أولادنا ومكاتبنا ، لأنه لم يوجد منهم جناية الكفر فلا يستحقون الرق .

(وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم) أي إلى أهل الحرب (فأخـذوه لم يملكوه عند أبي حنيفه) وبـــه قال أحمد في رواية والشافعي . وقيل المسلم اتفاقي والحكم في عبد الذمي كذلك .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (يملكونه) وبه قال مالك وأحمـــد في المشهور عنه (لأن العصمة) أي العصمة الموجودة في العبد كانت (لحق المالك لقيام يده عليه وقـــد زالت) يده ، فزالت العصمـــة (ولهذا) أي زوال يده (لو أخذوه) أي العبد من دار الإسلام ملكوه ، ولو كانت العصمة بالإسلام لما ملكوه ، كذا قال تاج الشريعة .

وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا ، لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه ، فلم يبق محلاً للملك ، بخلاف المتردد ، لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار ،

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله عنه (أنه) أي أن العبد (ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا ، لأن سقوط اعتبارها) أي اعتبار يد العبد (لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع) أي لأجل تمكن المولى من الانتفاع بــه (وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لأنه حين دخل دار الحرب يد المولى فظهرت يـده على نفسه عنه لا إلى من يخلفه ، لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك (وصار) أي العبد (معصوماً بنفسه فلم يبق محلا للملك) لأنه يصير في يـد نفسه وهي يد محترمة يمنع الإحراز ، فيمنع التملك ، لأنه لايملك بدون الإحراز .

فإن قيل لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه ، فإن يد الكفرة قد خلفت يـد المولى ، لأن دار الحرب في أيديهم . أجيب بأن بين الدارين حداً لا يكون في يد أحد، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ، ولأن يد الدار يد حكمية، ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار ، إليه أشار فخر الإسلام ، وفيه نظر ، لان حصول اليد الحقيقية في غيره الفراغ . والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف كيف شاء ، وحين دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه .

فان قيل لو حصل له يد حقيقة لعتق ، وليس كذلك . أجيب بمنع الملازمة ، لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى ، فإنه لما ظهرت يـده على نفسه صار غاصباً ملك المولى ، وجاز أن يؤخذ اليد بلا ملك، كما في المغصوب والمشترى قبل القبض، فإن الملك للمولى واليد لغيره .

(بخلاف المتردد) أي خلاف العبد الآبق المتردد في دار الحرب وهو الذي يدور في دار الإسلام (لان يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار) لان الإقتدار على المحل قائـم

فمنع ظهور يده . وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة «رح» يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوباً كان أو مشترى أو مغنوماً قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال ، لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم ، وليس له على المالك جعل الآبق ، لأنه عامل إذ في زعمه أنه ملكه . وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء ، إذ لا يد للعجماء

بالطلب ، والإستعانه بأهل الدار (فمنع ذلك ظهور يده) لنفسه ، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قائضاً له لبقاء يده حكماً .

(وإذا لم يثبت الملك لهم) أي لاهل الحرب على العبد (عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء) سواء كان العبد (موهوباً) لاحد من أهل الحرب (كان أو مشترى) أي لو كان العبد مشترى بأن اشتراه أحد منهم (أو مغنوماً) أي لو كان المولى وحده مغنوماً في يد الغانمين ، هذا كله إذا كان (قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى) أي على صيغة المجهول ، أي يؤدي المولى (عوضه من بيت المال) ولا يعطى المشترى العوض ، لانه قد يكون ملكه بغير أمره ، فكان متبرعاً ، حتى لو أمره بذلك رجع على المشتري بالثمن ، وأما المولى فإنما يأخذ عوضه من بيت المال (لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وإنما يعوض من بيت المال ، لأن هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك .

(وليس له على المالك) أى للغازي أو للتاجر أو للموهوب له (جعل الآبق لأنه)أي لأنه كل واحد من هؤلاء (عامل لنفسه في زعمه) إذفي زعمه (أنه ملكه) أي أن العبد ، فيكون عاملاً لنفسه لا للمولى القديم .

(وإن ند بعير إليهم) أي ذهب على وجهه شارد ، يقال ند يند نداً ، أو ندوداً من باب ضرب يضرب (فأخذوه ملكوه لتحقق الإستيلاء ، إذ لا يد للعجماء) أي البهيمة ، وإنما سميت عجماء لأنها لا تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم ،

لتظهر عند الخروج من دارنا ، بخلاف العبد على ما ذكرنا ، وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا ، فإن ابق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام ، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء ، والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الإجتماع بحالة الانفراد ، وقد

وقال صلاة النهار عجماء ، لأنها لا تجهر فيها بالقراءة (لتظهر عند الخروج من دارنا) أي من دار الإسلام (بخلاف العبد)إذا أبق ، لأن له يد للظهور عند الخروج (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا .

(وإن اشتراه رجل) أي وإن اشترى هذا البعير ، رجل منهم (وأدخله دارالإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء) وإن شاء تركه (فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع وأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام ، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفه) لما أن عنده يثبت الملك للغازي في المال دون العبد ، واعترض بأن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضاً بغير شيء ، لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضاً لانقطاع يد المولى من المال ، لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه ، فلا يصير ملكاً لهم . وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه ، فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال ، هكذا قاله الأكمل وفيه تأمل ، لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد وهو مال مباح ، فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار كما في العبد .

(وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الإنفراد) يعني إذا أبق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك ، فكذلك إذا أبق ومعه فرس ومتاع (وقد

بين الحكم في كل فرد . وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة « رح » . وقال لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين ، وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه ، فبقي في يده عبداً ، ولأبي حنيفة « رح» أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصاً له ، كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب .

بينا الحكم في كل فرد) أي عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم يملكونها .

(وإذا دخل الحربي دارنابأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة . وقال لا يعتق) وبه قال مالك وأحمد والشافعي «رح» في قول . واعلم أن الحربي المستأمن إذا اشترى عبداً مسلما جاز ويجبر على البيع ، لأنه لا يجوز أن يبقى المسلم في ذل الكافر ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى . وقال الشافعي « رح » لا يجوز بيعه أصلاً (لأن الازالة) أي إزالة اليد من الحربي (كانت مستحقة بطريق متعين ، وهو البيع ، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه) بالدخول في دار الحرب (فبقي في يده عبداً) فلا يعتق ،لأنه ملكه في دار الإسلام وأحرزه بدارهم .

(ولأبي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) لقوله عز وجل ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء (فيقام الشرط ، وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق) بيان هذا أن الحربي المستأمن في دارنا يزال ملكه بالعرض بحرمة ماله بأمانه ، فاذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان وسقطت عصمة ماله فيعتق العبد (تخليصاً له) وقد عجز القاضي عن عتاقه عليه إذ لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب ، فقام شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله دار الحرب فقام عليه الزوال ، وهو إعتاق القاضي (كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق) بين الزوجين (فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب) فانقضاء ثلاث حيض الذي هو شرط البينونة في

وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر ، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار ، لما روى أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله . ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينـــا مراغماً لمولاه أو بالإلتحاق بمنعه المسلمين إذا ظهر على الدار

الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقهبعد الأمانـــة لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دارهم ، ثم سيلزمهـا أن تتقيد بثلاث حيض من بعد ذلك .

(وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر) على صيغة المجهول ، أي غلب (على الدار) أي دراهم (فهو) أي العبد (حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لمـــا روي أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله ﷺ فقضى بعتقهم . وقـــال هم عتقاء الله) وروى أحمد «رح» في مسنده وابن أبي شيبة«رح» في مصنفه والطبراني في معجمه منحديثالحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبدين خرجا من الطائف إلى النبي ﷺ فأسلما فأعتقهما رسول الله ﷺ ، أحدهما أبو بكرة .

وأخرج البيهقي عن عبد الله بن مكرم الثقفي قال لما حاصر رسول الله ﷺ أهـــل الطائف خرج إليهم رقيق من رقيقهم ، فمنهـــم أبو بكرة ، وكان عبد الحارث بن كلاء والمنبعث ونجب،وورد أنفي رهط من رقيقهم فأسلموا، قالوا ، يا رسول الله ﷺ رد علينا رقيقاً الذي أتوك فقال لا أولئك عتقاء الله عز وجل ، ورد على كل رجل ولاء عبده .

(ولأنه) أي ولأن العبد الذي خرج إلينا (أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغمـــا) أي منابـــذاً ، يقال راغم فلان قومه مراغمة إذا خرج عنهم ونبذهم وقيد بقوله مراغماً ، لأنه إذا خرج تابعاً (لمولاه) يباع وثمنه للحربي ، وعليـــه نص الحاكم الشهيد في الكافي (أو بالالتحاق بمنعـــه المسلمين إذا ظهر على الدار) متصل بقوله إذا ظهر على الدار كما أن قوله

اعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين ، لأنها أسبق ثبوتاً على نفسه ، فالحاجة في حقه إلى زيادة توكيد ، وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء ، فكان أولى

ولأنه أحرز نفسه متصل بقوله ثم خرج إلينا . وعن هذا قال الأترازي وفيه لف ونشر ، أعني أنه أحرز نفسه بالخروج إلينا وبالالتحاق فيما إذا ظهر على الدار . قلت هـــذا كلام مترتب ليس فيه لف ولا نشر .

(واعتبار يده) أي يد العبد (أولى من اعتبار يد المسلمين،لأنهـــا أسبق ثبوتاً على نفسه ، والحاجة في حقه) أي في حق العبد (إلى زيادة توكيد) بمنعه المسلمين (وفي حقهم) أي والحاجة في حق المسلمين (إلى اثبات اليد ابتداء ، فلهذا [1] كان) أي اعتبار يـــده (أولى) توضيح هذا ، لأنه لما التحق بمنعه المسلمين ، صار كأنه خرج إلى دار الاسلام ، ولا يكون عبداً للغزاة ، لأنهم محتاجون أن يملكوه بالاحراز ، وهو يحتاج إلى أن يحرز نفسه لتناول شرف الحرمة ، وإحرازه أسبق من إحرازهم ،فصار أولى ، لأنه صاحب يد في نفسه ، الكنه يحاج إلى ما يؤكد يده بمنعه المسلمين وهم محتاجون إلى اثبان اليد ابتداء ، فكان اعتبار يده أولى ، والله أعلم .

* * *

---

(١) فكان– هامش.

باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم ولا من دمائهم ، لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان ، فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً ، والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ، ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد ،

(باب المستأمن)

أي هذا باب في بيان حكم المستأمن وهو المسلم الذي يدخل دار الحرب بالامان ، وكذلك يطلق على الحربي الذي يطلب الامان من المسلمين ، وقدم المستأمن المسلم ثم عقبه بالمستأمن الحربي بفصل على حدة ، كما يجيء إن شاء الله عز وجل .

(وإذا دخل المسلم دار الحرب) حال كونه (تاجراً ، فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم ، ولا من دمائهم ، لانه ضمن أن لا يتعرض لهم) أي لاهل الحرب لانهم ما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستئمان إلا بشرط أن لا يتعرض لهم شيء من ديارهم وأموالهم . وقوله (بالاستئمان) يتعلق بقوله ضمن وضمانه شرط ، والمؤمن عند شرطه (فالتعرض بعد ذلك) أي بعد شرط عدم التعرض (يكون غدراً ، والغدر حرام) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة ، فيقال هذه غدرة فلان

(إلا إذا غدر بهم) أي بالمسلمين (ملكهم) أي ملك الكفار (فأخذ أموالهم) أي أموال التجار (أو حبسهم أو فعل غيره) أي غير الملك (بعلم الملك ولم يمنعه) فحينئذ لا يكون أخذ تجارنا أموالهم غدراً (لانهم هم الذين نكثوا[1] العهد) وفعلوا الغدر

---

(١) نقضوا—هامش.

بخلاف الأسير ، لأنه غير مستأمن ، فيباح له التعرض ، وإن أطلقوه طوعاً . فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح، إلا انه حصل بسبب الغدر ، فأوجب ذلك خبثاً فيه فيؤمر بالتصدق به ، وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه .

(بخلاف الاسير ، لانه غير مستأمن) ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد ، فاذا كان كذلك (فيباح له التعرض) لأنه بالوجه المذكور لا يكون أخذ الأسير المسلم غدر (وإن أطلقوه) واصل بما قبله (طوعاً) أي لا إكراهاً . حاصل الكلام يباح له التعرض ، وإن كان مطلق العنان عندهم ، لأنه لم يوجد الاستئمان صريحاً ، فلم يلزم الغدر .

(فإن غدر) أي التاجر (بهم) أي بأهل الحرب ، وقد بين فاعل غدر بقوله (أعني التاجر فأخذ شيئاً وخرج به) إلى دار الإسلام (ملكه ملكاً محظوراً لورود الإستيلاء على مال مباح) لأن مال أهل الحرب مباح فيملكه (إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثاً فيه ، فيؤمر بالتصدق به) أي بالمال الذي أخرجه ، حتى لو كانت جارية يكره له وطئها ، وإن أحرزها بدارنا ، وكذا يكره للمشتري منه لقيام الحضر في الملك بسبب الغدر ، وبخلاف مشتري الجارية من مشتريها شراء فاسداً ، حيث يحل له وطئها بعد الاستبراء ، لأن الكراهة في حق المشتري الأول لقيام حق بائعه في الاسترداد وقد زال حقه ببيع المشتري من آخر ، فظهر الفرق . والرواية مذكورة في المبسوط وغيره . وفي المغني للحنابلة يجب عليه رد ما أخذ من مالهم بالخيانة أو بالإستقراض بأن يبعث . ولو جاء بأمان أو ايمان يجب الرد عليه كما لو أخذه من مسلم . وعندنا لا يجب الرد ، لكن يتصدق به ولا يجب عليه رد ما استقرض قضاء .

(وهذا) إشارة إلى قوله ملكه ملكاً محظوراً ، أي خبيثاً (لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب) أي سبب الملك ، وهو الإستيلاء (على ما بيناه) يعني في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله المحظور بغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ... إلى آخره .

وإذا دخـــل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربياً أو غصب أحدهما صاحبه ، ثم خرج البيـــان واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أمـا الإدانة فلأن القضـاء يعتمـــد الولاية ، ولا ولاية وقت الإدانة أصـلاً ولا وقت القضاء على المستأمن ، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من فعله ، وإنما التزم ذلك في المستقبل فلأنه صار ملكاً للذي غصبـــه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم على ما بيناه ، وكذلك لو كانا

(وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه) بتخفيف الدال من الإدانة وهو البيـع بالدين ، واستدانه الابتياع بالدين ، وقولهم أدان بتشديد الدال من باب الافتعـال ، أي قبل الدين ، وقوله (حربي) فاعله (أو أدان حربياً) وهو أيضاً من الإدانة (أو غصب أحدهما) أي أحد الاثنين ، وهما المسلم والحربي (صاحبه) بالنصب ، لأنه مفعول غصب (ثم خرج إلينا) أي أحدهما (واستأمن الحربي) يعني خرج مستأمناً (لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية) أي ولاية القاضي .

(ولا ولاية وقت الإدانة أصلا) لأنه لا ولاية لنا على أهل الحرب (ولا وقت القضاء) أي ولا ولاية وقت القضاء ، أي الحكم (على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله) في دار الحرب (وإنما التزم ذلك) أي حكم الإسلام (في المستقبل) في مقابلة فعلها في دار الإسلام ، فلما انتفت الولاية لم يقض بشيء ، لأنه لا قضاء بدون الولايـة . وفي شرح الطحاوي ولكنه ينبغي فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضي .

(وأما الغصب) فإنما يقضي لواحد منهما على الآخر (فلأنه) أي فـــلأن المغصوب (صار ملكاً للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم) لأن دار الحرب دار القهر والغلبة ، فإذا استولى أحدهما على مال الآخر فقـــد ملكه ، ولا يحكم بالرد لثبوت الملك (على ما بيناه) يعني فيما تقدم الآن (وكذلك) أي وكذلك لا يقضى بشيء (لو كانا

حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا . ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب ، أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي ، والولاية ثابتة حال القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام ، وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ، ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد . وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه ، أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملك ، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به ، فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد .

حربيين فعلا ذلك) أي الادانة والغصب جميعاً (ثم خرجا مستأمنين) أي حال كونهما مستأمنين (لما قلنا) إشارة إلى قوله من قبل أن القضاء يعتمد الولاية إلى آخره

(ولو خرجا) أي الحربيان لو خرجا حال كونهما (مسلمين قضى بالدين بينهما ، ولم يقض بالغصب) الذي حصل بينهما (أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعهابالتراضي والولاية) أي ولاية القاضي (ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالاسلام ، وأماالغصب فلما بيناه) فيما تقدم عن قريب (أنه ملكه ، ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد) لأن مال الحربي غير معصوم .

(وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً) أي مال حربي فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه (ثم خرجا) حال كونهما (مسلمين) المسلم باسلامه القديم ، والحربي بدخوله في دار الاسلام (أمر برد الغصب) ديانة (ولم يقض عليه) يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه (أما عدم القضاء فلما بينا) فيما تقدم عن قريب (أنه ملكه) لكونه مالاً غير معصوم (وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به) أي بالرد فيما بينه وبين الله تعالى ، ولا يحكم بالجبر والالزام ، والظاهر أن الضمير في مراده يرجع إلى محمد «رح» (فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم ، وهو نقض العهد) .

وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأً فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ ، أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان ، وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنعة ، ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب ،

(وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله ، وعليه الكفارة في الخطأ) هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير ، ولكن ذكره قاضي خان في الجامع الصغير ، وجعل هذا الحكم في قول أبي حنيفة «رح» ثم قال وقالا ، أي أبو يوسف ومحمد «رح» عليه القصاص في العمد ، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد « رح» لأنه قتل شخصاً معصوماً إذ عصمته ما زالت بالاستئمان فيجب بقتله في دار الاسلام (أما الكفارة فلاطلاق الكتاب) وهو قوله تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة ﴾ ٩٢ النساء ، وتخصيصها بالخطأ ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا (والدية) أي وأما وجوب الدية (لأن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان) لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الاسلام تقديراً ، حتى أن المستأمن بهم لما كان على قصد الرجوع كان كأنه بقصد الرجوع في دار الحرب .

(وإنما لا يجب القصاص) جواب سؤال مقدر ،بأن يقال كان القياس وجوب القصاص ، فأجاب بقوله وإنما لا يجب القصاص فيه (لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنعة) أي إلا بقوة وعزة ، لأن الواحد يقاوم الواحد غالباً (ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب) فلا فائدة في الوجوب كالحد ، وعند الأئمة الثلاثة «رح» يجب الحد ، إلا أن عند أحمد لا تقام في دار الحرب ، حتى ترجع . وعند الشافعي يؤخر أيضاً إذا لم يكن أمير الجيش أو الإمام ، وإلا لا يؤخر .

وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل لا تعقل العمد ، وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين ، والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسير فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة « رح » . وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد ، لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر ، كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه، وامتناع القصاص لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله لما قلنا .

(وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل) جمع عاقلة (لا تعقل العمد ، وفي الخطأ) أي وتجب الدية أيضاً في الخطأ في ماله (لأنه لا قدرة لهم) أي للعواقل (على الصيانة مع تباين الدارين) لأن الوجوب عليهم لتقصرهم في الصيانة عن ارتكاب هذه الجناية ، وكيف يجب على العواقل ، وهم في دار الإسلام صيانة عن الجناية وهو في دار الحرب (والوجوب) أي وجوب الدية (عليهم) أي على العواقل (على اعتبار تركها) أي ترك الصيانة .

(وإن كانا أسيرين) أي وإن كان المسلمان أسيرين (فقتل أحدهما صاحبه ، أو قتل مسلم تاجر أسيراً فلا شيء على القاتل إلا الكفاره . وفي الخطأ عند أبي حنيفة . وقالا في الأسيرين) أي في قتل الأسيرين أحدهما الآخر (الدية) أي تجب الدية أو الدية واجبة (في الخطأ والعمد ، لأن العصمة) المتقومة بالإحراز بدارنا (لا تبطل بعارض الأسر ، كما لا تبطل بعارض الاستئمان) وهو طلب الأمان منهم (على ما بيناه) إشارة إلى قوله لأن العصمة الثانية بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان (وامتناع القصاص لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله) أي في مال القاتل (لما قلنا) إشارة إلى قوله ، لأن العواقل لا تعقل العمد .

ولأبي حنيفة « رح » أن بالأسر صار تبعاً لهم بصيرورته مقهوراً في أيديهم ، ولهـــذا يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل بـــه الإحراز أصلا ، وصـار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينـا ، وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

فصـــل

قال وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة، ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة ومنعت عليك الجزية ، والأصل أن الحربي لايمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالإسترقاق أوالجزية،

(ولأبي حنيفة «رح» أن بالأسر صار تبعاً لهم لصيرورته مقهوراً في أيديهـم) فصار بحكم القهر تبعاً (ولهذا) أي ولأجل كونه تبعاً لهم (يصير مقيماً بإقامتهـم، ومسافراً بسفرهم فيبطل به) أي بالأسر (الإحراز) بدار الإسلام (أصلاً) ولما بطل الإحراز لم تثبت العصمة المتقومة ، فلم تجب الدية لأنها بناء على ذلك العصمة ، بخلاف الكفارة، فإنها تجب بالعصمة المؤثمة وهي الإسلام (وصار) هـــذا (كالمسلم الذي) أسلم في دار الحرب كالمسلم الذي (لم يهاجر إلينا) والجامع كون كل واحد منهما مقهوراً في أيديهم ، بخلاف المستأمن لأنه ممكن من الخروج من دارهم ، فلا يكون تبعاً لهم ، فلا تبطل عصمته (وخص الخطأ بالكفارة ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا) خلافاً للشافعي «رح» .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان حكم المستأمن من أهل الحرب .

(وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً) أي في حال كونه مستأمناً (لم يمكن أن يقيم في دارنا) أي في دار الإسلام (سنة ، ويقول الإمام له إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية ، والأصل فيه) أي في أصل هذا الحكم (أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمـة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية) تضرب عليه .

لأنـــه يصير عيناً لهم وعوناً علينا فيلتحقق المضرة بالمسلمين ، ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن في منعها قطع الميرة والحلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهم بسنة ، لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه ، وإذا مكث سنة فهو ذمي، لأنه لما أقـــام سنة بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزماً للجزية ، فيصير ذمياً ، وللإمام أن يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين . وإذا أقامهـــا بعـــد مقال الإمام

(لأنه) أي لأن الحربي المستأمن (يصير عينا لهم) أي ديدباناً وجاسوساً (وعوناً) أي ظهيراً (علينا) والعون هو الظهير على الأمر والجمع أعوان (فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن في منعها قطع الميرة) هـــي الطعام يمتازه الاسنان من ماربمير . وقيل الميرة بكسر الميم وسكون الياء الطام ، والميرة بالهمزة التميمة (والحلب) أي وقطع الحلب بفتحتين ، وهو كل شيء يحلب من إبل وخيل وغنم وغيرها من الحيوانات (وسد باب التجارة) أي وفي منع المدة اليسيرة سد باب التجارة ، وفيـــه ضرر أيضاً (ففصلنا بينهما) أي بين الإقامة الدائمة والمدة اليسيرة (بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية) .

(ثم إن رجع بعد مقالة الإمام) أي ثم إن أراد أن يرجع بعد مقالة الامام ، أي بعد ان قال له الامام ان أقمت سنة وضعت عليك الجزية (قبل تمام السنة ، فلا سبيل عليه) أي لا يمنع من الرجوع .

(وإذا مكث سنة فهو ذمي ، لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الامام إليه صار ملتزمـــاً للجزية فيصير ذمياً) لأنه أقام مدة مضروبة عليه ، والذمي لا يجوز رجوعـــه إلى دار الحرب (وللامام أن يوقت في ذلك) أي في ضرب المدة (ما دون السنة كالشهـــر والشهرين) على حسب ما يرى من المصلحة (وإذا أقامها) أي المدة (بعد مقال الإمـــام

يصير ذميا لما قلنا ، ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض ، كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده حرباً علينا ، وفيه مضرة بالمسلمين فإن دخل الحربي دارنا بامان فاشترى أرض خراج ، فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي ، لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس ، فإذا التزمه صار ملتزماً بالمقام في دارنا ، أما بمجرد الشراء لا يصير ذمياً لأنه قد يشتريها للتجارة ، وإذا ألزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة ، لانه يصير ذمياً

يصير ذمياً لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الامام إليه صار ملتزماً بالجزية . وفي فتاوى العتابي لو أقام سنتين من غير أن يتقدم عليه الامام فله أن يرجع إلا إذا قال الامام إذا رجعت إلى كذا وإلا جعلتك ذمياً فلم يرجع ، صار ذمياً ، فوجب عليه الجزية بحول بعد مضي المدة المضروبة ، إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذها منه حينئذ .

(ثم لا يترك إلى أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض) لأن عقد الذمة خلف عن الاسلام لا ينقض ، فكذا خلفه (كيف) أي كيف ينقض (وإن فيه) بفتح الهمزة بخط شيخي (قطع الجزية وجعل ولده) ذلك (حرباً علينا) بطريق التوالد والتناسل (وفيه) أي وفي نقض عقد الذمة (مضرة بالمسلمين) وهو ظاهر .

(فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض الخراج ، فإذا وضع عليه الخراج) أي وضع عليه (فهو ذمي ، لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) لأن كل منهما حكم متعلق بالمقام في دارنا ، فصار ذمياً ضرورة (فإذا التزمه) أى فإذا التزم الخراج (صار ملتزماً بالمقام في دارنا ، أما بمجرد الشراء لا يصير ذمياً ، لأنه قد يشتريها للتجارة) وبه صرح الكرخي «رح» في مختصره . ومن المشايخ «رح» من قال يصير ذمياً بمجرد الشراء ، ذكره قاضي خان «رح» .

(وإذا ألزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة ، لأنه يصير ذمياً

بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه . وقوله في الكتاب فإذا وضـــع عليه الخراج فهو ذمي تصريـح بشرط الوضع ، فيخرج عليه أحكام جمة فلا يغفل عنـــه . وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية ، لانها التزمت المقام تبعاً للزوج . وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذمياً ، لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده ، فلم يكن ملتزماً المقام . ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب

بلزومه الخراج ، فتعتبر المدة من وقت وجوبـــه) أي وقت وجوب الخراج (وقوله في الكتاب) أي وقول محمد «رح» في الجامع الصغير (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمـــي تصريح بشرط الوضع فيخرج) على صيغـــة المجهول من باب التفعيل . وقال الأترازى فيخرج على صيغة المبني للفاعل ، يقال خرجته فتخرج على شرط الوضع احكام جمة (عليه أحكام جمة) أي على شرط الوضع أحكام جمة ، أي كثيرة ، والجم الكثير من كل شيء ، ومادته جيم وميم . ومن الأحـكام المنع من الخروج إلى دار الحرب ووجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية في قتله خطأ ، وجريان القصاص بينه وبين المسلمين عندنا ، ووجوب كل حكم يثبت في حق الذمي (فلا يغفل عنه) على صيغة المجهول ، ففي عنه أي عن شرط الوضع ، لأنه إنما تثبت تلك الأحكام بعد وضع الخراج لا قبله .

(وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية، لأنها التزمت المقام تبعـــاً للزوج) فيجرى عليها أحكان أهل الذمـــة من وضع الخراج على أرضها وضع الخراج إلى دار الحرب . وقالت الأئمة الثلاثة لا تصير ذميـــة ، ولا تمنع من الخروج إذ الذمي الزوج به أو فارقها .[1]

(وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذمياً لأنه يمكنه أن يطلقها ويرجع إلى بلده فلم يكن ملتزماً بالمقام ، ولو أن حربياً دخـــل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب

(١) هكذا في الأصل .

وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً في ذمتهم ، فقد صار دمه مباحاً بالعود ، لانه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر ، فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه ، وصارت الوديعة فيئاً . أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً لأن يد المودع كيده ، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه ، وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة ، فيختص به . وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته

وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً) أي أو ترك ديناً (في ذمتهم) أي في ذمة المسلمين أو في ذمة أهل الذمة (فقد صار دمه مباحاً بالعود) إلى دار الحرب (لأنه أبطل أمانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر) أي تردد ، وبين التردد بحرف الفاء في قوله (فان أسر أو ظهر على الدار) أي دار الحرب ، وكل واحد منهما على صيغة المجهول (فقتل) بمجهول أيضاً (سقطت ديونه) أي عن الذين عليهم ديونه (وصارت الوديعة فيئاً) أي غنيمة .

(أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً ، لأن يد المودع) بفتح الدال (كيده ، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه ، وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت) أي المطالبة (ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة) أي يد الذى عليه الدين أسبق إليه من يد العامة ، أي يد كل واحد من الناس لسبق يده (فيختص به) أي فيختص من عليه الدين بالدين الذى عليه ، يعني لا يطالبه أحد ، فان كان كذلك فيسقط ، أي الدين لسقوط المطالبة .

(وإن قتل) على صيغة المجهول أيضاً ، أي هذا الحربي الذى دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب (ولم يظهر على الدار) على صيغة المجهول أيضاً ، أي لم يغلب عليها (فالقرض) الذى عند الناس (والوديعة) التي عند المودع (لورثته) وعند الشافعي «رح» تكون الوديعة لورثته . وفي الديون قولان ، أحدهما أنها لورثته ، والآخر أنها غنيمة .

وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله ، وهذا لأن حكم الأمـان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده . قال وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهـــل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين

(وكذلك) أي الحكم (إذا مات) هذا الحربي حق يكون قرضه وديعة لورثته (لأن نفسه لم تصر مغنومة ، فكذلك ماله) لا يصير مغنوماً (وهذا) أي عـدم كون نفسه لم تصر مغنومة (لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه) في حياته (أوعلى ورثته من بعده) لأن يد المودع كيده ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» .

فان قيل ينبغي أن يصير فيئاً كما إذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعـــه عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فيكون فيئاً ، ولا تكون يد المودع كيده . قلنا عصمة المال لما كانت ثابتة في دار الاسلام معصوما من وجه دون وجه ،فلا تصير معصومة بالشك ، أما ها هنا العصمة ثابتة عند الايداع ولم يظهر على دار الحرب ، فكانت العصمة باقية كما كانت في دار الاسلام دار العصمة ، وإليه أشار قاضي خان «رح»

(قال) أي القدوري «رح» (وما أوجف عليه المسلمون) يقال وما أوجف الفرس أو البعير عدا وجفا وأوجفه صاحبه إيجافاً ، يقال وجف البعير وجفا ووجيفاً ، وهــو ضرب من مشي الابل ، وربما استعمل في الخيل ،وأوجفت البعير إذا حملته على الوجيف ، والمعنى الذي أوجف عليه المسلمون ، أي أعلموا خيالهم وركائبهـم . وفي بعض النسخ وما أوجف المسلمون عليه (من أموالهم) أي من أموال أهل الحرب (بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين) كعمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهـار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة ، ومن مصالح المسلمين الصرف إلى أرزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين وأرزاق المقاتلة ، ومنهـــا أن يصرف إلى رصد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق .

وقال الشافعي «رح» يقسم ما أوجف عليه المسلمون فأربعة أخماسه للنبي ﷺ ،وخمسه

كما يصرف الخراج ، قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولاخمس في ذلك. وقال الشافعي « رح » فيهما الخمس اعتباراً بالغنيمة ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ،

يقسم كما يقسم خمس الغنيمة وخمس الخمس للنبي عليه السلام ، ففى نصيبه بعد وفاته قولان . فى قول يصرف إلى مصالح المسلمين ، وفى قول إلى المقاتلة ، وكذلك قال فى الجزية (كما يصرف الخراج) أى مصالح المسلمين .

(قالوا) أى مشايخنا «رح» (هو) يرجع إلى قوله وما أوجف المسلمون عليه (مثل الاراضى التي أجلوا أهلها عنها) أى أجلى المسلمون أهل تلك الاراضى عنها ، أي أخرجوهم عنها ، يقال جلى السلطان القوم عن اوطانهم وأجلاهم فجلوا ، أي أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى ، والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطء والاخراج .

(والجزية) قال الأترازي والجزية بالجر عطفاً على قوله الأراضي ، أي هذا مثل الأراضي ومثل الجزية ، وكذا قال غيره من الشراح . وقال تاج الشريعة «رح» والجزية إن رفعتا تكون معطوفة على مثل وإن خفضته يكون عطفاً على الأراضي (ولا خمس في ذلك) أي فيما أوجف عليه المسلمون .

(وقال الشافعي « رح » فيهما الخمس) أي في الأراضي التي أجلوا أهلها عنها مثل الجزية . وفي بعض النسخ وفيها بافراد الضمير ، أي في الثالثة الاثنان المذكوران والخراج، وقد بينا قول الشافعي مفصلاً عن قريب (اعتباراً بالغنيمة) أي قياساً عليها وسيجيء الجواب عنه .

(ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس) لم يذكر أحد من الشراح الذين وقفت على شروحهم شيئاً ما يتعلق بقوله ولنا ما روي إلى آخره ، ورأيت في بعض نسخ الهداية ، وكذا عمر وعثمان ومعاذ، ثم شطب على قوله عثمان ، والشطب صحيح ، وفي بعضها ولنا ما روى عن علي رضى الله

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى ، واستحقه الغانمون بمعنى ، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى

عنه أنه أخذ الجزية ، وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما ، وشطب على قوله من علـــي ، والشطب صحيح، والنسخة الصحيحة ما كتبناها أولاً وهى ولنا ماروي انـه عليه السلام إلى قوله ولم يخمس ، وكذا نسخة شيخي العلاء وكتب بخط يده تحت قوله عليه السلام أخذ الجزية يعني من مجوس هجر ، وكتب تحت قوله وكذا عمر من أهــل السواد ، وكتب تحت قوله ومعاذ يعني من أهل اليمن ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك .

وذكر مخرج أحاديث الهداية فقال الحديث الثالث روى أن النبي ﷺ فـذكره مثل ما ذكر المصنف ، ثم قال أخرج أبو داود في كتاب الخراج عن أبى معـــد الكندي أن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه كتب أن من سأل عن مواضع الفيء فهى ما حكم فيـه عمر بن الخطاب رضى الله عنه فراه المؤمنون عدلاً موافقاً لقول النبي ﷺ جعل الله الحق على لسان عمر ، وقلبه فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب بخمس ولا يغنم ثم قال وهو ضعيف فان فيـــه مجهولاً . وعمر بن عبد العزيز لم يدرك عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

(ولأنه) أي ولان المأخوذ بايجاف المسلمين (مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال) بل أخذ منهم بالرعب من المسلمين فلم يصح اعتباره بالغنيمة (بخلاف الغنيمة ، لانـــه) أي لان الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك بمباشرته الغانمين ، وبقوة المسلمين) يعني مملوك بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين ، فلما كان السبب مختلفاً اختلف الاستحقاق أيضاً (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحقه الغانمون بمعنى) وهو مباشرتهـم القتال (وفي هذا) أى فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد) وهـــو الرعب بظهر المسلمين ، لانه لم يوجد السعى من القراءة فلم ينقض الاستحقاق، فكان بين جماعة المسلمين (وهو ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لانه مال مأخوذ بقوة المسلمين بغير قتال (فلا معنى

لإيجـــاب الخمس. وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم ها هنا ، ثم ظهر على الدار فذلـــك كله فيء ، أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر ، لأنهم حربيون كبار وليسوا باتباع ، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا من قبل ، وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلـــك ، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي الكل فيئاً وغنيمة

لايجاب الخمس) لانـــه تعالى قال ﴿ فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ﴾ ٦ الحشر ، فيجعل كله للمسلمين .

(وإذا دخل الحربى في دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ، ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماًفأسلم هنا) أي في دارالاسلام(ثم ظهر) على صيغة المجهول ، أي غلب (على الدار) أي على دار الحرب (فذلك)أي المذكـــور (كلهفيء)أي غنيمة(أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر) أي في كونهم فيئاً (لأنهم حربيون وهم كباروليسوابأتباع) اي بالبلوغ (وكذا ما في بطنها لو كانت حاملاً) اى وكذلك الجنين فيء لانه تابع للإسلام في الرق والجزية (لما قلنا من قبل) إشارة إلى ما قال في باب الغنائم بقوله ولنا أنه جزؤها فيرق برقها .

(وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يـــده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين) أي دار الإسلام دار الحرب (لا يتحقق ذلك) أي كونه تابعاً لإسلام أبيه (وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي الكل فيئاً وغنيمة) وذلك أن الأصل أن تكون الأموال بأيدي الملاك بالعرف .

وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ، إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده ، وما سوى ذلك فيء ، أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا ، وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوماً لأن يد الحربي ليست يداً محترمة . وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة

فإن قلت قوله عليه السلام عصموا مني دماءهم وأموالهم . قلت هذا باعتبار الغلبة ، يعني المال الذي في يده أو ما هو في معناه للعرف لأن من دأب الشرع بناء الحكم على الغلبة .

(وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء) إلى دار الإسلام (فظهر على الدار) أي دار الحرب (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ، إذ الدار واحدة) أي أن الدار كانت واحدة في حالة الإسلام ولم يوجد حينئذ ما يمنع التبعية وهو تباين الدارين .

(وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء) أراد به المرأة وأولاده الكبار والمال الذي غصبه مسلم أو ذمي أو كان مودعاً عند حربي (وأما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا) أشار به إلى قوله لأنهم حربيون كبار (وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوماً ، لأن يد الحربي ليست يداً محترمة) .

(وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة) وهي الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» في الجامع الصغير وغيره . وروي عن أبي حنيفة قال ولا دية عليه ولا كفارة من قبل أن

في الخطأ . وقال الشافعي « رح » تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد ، لأنه أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلياً لكرامته وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعاً والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به ، فيكون وصفاً فيه فيتعلق بما علق به الأصل .

الحكم لم يجر عليهم . وعن أبي يوسف «رح» قال أضمنه الدية وأجعل عليهم (في الخطأ) الكفارة . واستحسن ذلك وأدع القياس كما قال أبو حنيفة « رح » ، كذا ذكره الكرخي في مختصره .

(وقال الشافعي «رح» تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد) وبه قال مالك وأحمد «رح» (لأنه) أي لأن القاتل (أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه) أي لكون الإسلام (مستجلياً للكرامة) يعني أن الإسلام مستجلي للكرامة . وفي بعض النسخ لكونه مستجلباً للكرامة . وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة ، فتتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامات ، وهو الإسلام ، إذ به تحصل السعادة الأبدية لا بالدار التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة . ومن أراق دماً معصوماً إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة ، وإن كان عمداً ففيه القصاص، كما لو فعل ذلك في دار الإسلام.

(وهذا) أي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد (لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) أي بالمؤثمة ، فإن من علم أنه يأثم بقتل الزجر عنه نظراً الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهي) أى العصمة (ثابتة) أي بالإسلام (إجماعاً) لأنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلماً ، أي في موضع كان (وبالمقومة) أي العصمة المقومة (كمال فيه) أي في أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أي بأصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان في ذلك أكمل ، وأتم في المنع من الذي وجب في الاثم دون المال (فيكون وصفاً فيه) أي فيكون الكمال وصفاً في ذلك الأصل وهو العصمة المؤثمة (فيتعلق) أي يتعلق الوصف الذي هو المقومة بالاسلام (بما علق به الأصل) وهو

ولنا قوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾... الآية ٩٢ النساء ، جعل التحرير كل الموجب ورجوعاً إلى حرف الفاء ، أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ، ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية ، لأن الآدمي خلق متحملا بأعباء التكليف ،

العصمة المؤثمة ، وهي تتعلق بنفس الاسلام ، وكذا العصمة المقومة أيضاً فتثبت العصمة به جميعاً بالاسلام ، فتجب الكفارة والدية بقتل الذي لم يهاجر إلينا .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ... الآية ٩٢ النساء)وإن أباحنيفة يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا، وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير . ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى بين المؤمن المطلق ، وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل ، فجعل الحكم في الأول الكفارة بقوله ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وفي الثاني الكفارة دون الدية بقوله ﴿ فتحرير رقبة ﴾ بيان ذلك من وجهين .

أحدهما : (جعل التحرير كل الموجب) بفتح الجيم (ورجوعاً)أي من حيث الرجوع (إلى حرف الفاء) فإنه للجزاء ، والجزاء إسم لما يكون كافياً ، فان كان كافياً كان كل الموجب ، فاذا وجب غيره ما يكون التحرير كافياً ولا كل الجزاء .

والوجه الثاني : وهو قوله (أو إلى كونه) أي أو رجوعاً إلى كونه التحرير (كل المذكور) حيث لم يذكر غيره (فينتفي غيره) أي غير التحرير ، لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا بيان الحكم كله. فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان . وقال مولانا حافظ الدين بيان الشارع على نوعين : بيان كيفية وبيان نهاية ، وها هنا بيان النهاية ، فلا يجوز أن تكون الدية واجبة ولا ذكرها ، إذ لو وجبت لكان البيان قاصراً ، فيلزم التكرار .

(ولأن العصمة المؤثمة) هذا دليل معقول ، بيان ذلك أن العصمة المؤثمة متعلقة (بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملاً لأعباء التكليف) أي لأثقاله جمع عبأ بالكسر وهو

ويقام بها بحرمة التعرض ، والأموال تابعة لها ، أما المقومة فالأصل فيها الاموال، لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ، وذلك في الاموال دون النفس ، لان من شرطه التماثل وهو في المـــال دون النفس فكانت النفوس تابعة، ثم العصمة المقومة في الأموال بالاحراز بالدار ، لأن العزة بالمنعة

المحل، ومن خلا من شيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام باعباء التكاليف (والقيام بها) أي بأعباء التكاليف إنما يكون (بحرمـــة التعرض) فالآدمي وجب ان يكون حرام التعرض مطلقاً، إلا أن الله أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر ، فاذا زال الكفر بالاسلام عاد على الأصل (والأموال تابعة لها) أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها، لان الاموال جعلت في الاصل مباحاً، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته، فكانت تابعة للآدمية .

(أما المقومة) أي العصمة المقومة (فالاصل فيها الاموال) يعني الاصل في المتقومة غير الآدمي (لان التقوم يؤذن) أي يشعر (بجبر الفائت) ومعنى الجبر يتحقق في الاموال دون النفوس ، إذ من شرط الجـــبر التماثل (وذلك في الاموال دون النفوس ، لان من شرطه التماثل) أي من شرط الجبر التماثل صورة ومعنى، كما في ذوات الامثال أو معنى فقط ، كما في ذات القيم (وهو في المال دون النفس) لانه يتحقق في النفس ، فاذا كان كذلك (فكانت النفوس تابعة) للأموال في التقوم في العصمة ، ومن هذا علم أن العصمة الموثمـة أصل مستقل في شيء، والعصمة المقومة أصل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه .

(ثم العصمة المقومة في الأموال تكون بالإحراز بالدار) أي بـــدار الإسلام ، لأنها عزة فلا تكون بغيره (لأن العزة بالمنعة) أي منعة المسلمين ، لأن التقويم يبنى على خطر المحل، والخطر إنما يثبت إذا كان ممنوعاً عن الأخذ، إذ فيما تصل إليه الأيدي بلا منازع، وإلا مواقع لا يكون خطيراً كالماء والتراب، فعلقنا التقويم بالاحراز بالمنعة ، وأما الإسلام

فكذلك في النفوس ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة . لما أنه أوجب إبطالها ، والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكماً لقصدهما الانتقال إليها .

فلا يؤثر في إناءة العصمة المقومة لأن الدين ما وضع لاكتساب الدنيا ، وإنما وضع لاكتساب الآخرة . وإذا كانت العصمة المقومة في الأموال بالمنعة .

(فكذلك في النفوس) لأنها تابعة لها كما ذكرنا ، لكن لا صفة لدار الحرب ، وهو معنى قوله (إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة ، لأنه) أي أن الشرع (أوجب إبطالها) أي أن الشرع سلطنا على إبطال منعة الكفرة ، وإذا لم يكن منعة لا يوجب الإحراز ، وإذا لم يوجد الإحراز لا توجد العصمة المقومة . وإذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية .

وقال الأكمل هذا في غاية التحقيق خلا أنه يوهم أن لا يملكوا أموالنا بالإحراز إلى دراهم كما قال به الشافعي ، ودفعه بأن معنى قوله أن الشرع أسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم ، وأما إذا وقع خروجهم إلى دارنا وإحراز أموالنا باليد المحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة .

(والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم) أي دار أهل الحرب (حكماً) أي من حيث الحكم ، وهذا جواب عما يقال أن المرتد والمستأمن محرز بدار الإسلام ، فيجب أن يتقوم أموالهم تقوماً حتى لا تجب الدية بقتلهما ، فأجاب بينهما من أهل دارهم حكماً (لقصدهما الانتقال إليها) أي إلى دار الحرب وكون المستأمن من أهل دارهم ظاهر ، ولا شك في قصده الانتقال ، وأما المرتد فكذلك ،لأنه يقصد الانتقال رجوعاً عن القتل. وقيل الدار داران عندنا دار الإسلام ودار الحرب . وعند الشافعي الدنيا دار واحدة ، والبلاد أجزاؤها ، فلا تتغاير أحكامها . ونحن نقول المراد بدار الإسلام بلاد تجري فيها أحكام الإسلام ، وبلاد الحرب بلاد تجري فيها أمر عظيمهم ، وتكون تحت قهره ، فتغايرا إسماً ووصفاً فيتغايران حكماً .

وعلى هذا الأصل مسائل فيها هذه .

ومن قتل مسلماً خطأً لا ولي له ، أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للامام ، وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفساً معصومة خطـــأ ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ، ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له ، لأنـه لا وارث له ، وإن كان عمداً فإن شـــاء الإمام قتله ، وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان ،

ومنها أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم به عتق مدبروه ،وأمهـــات أولاده ، وتنفسخ إجارته على ما يجيء في بابه إن شاء الله تعالى .

ومنها وقوع الفرقة بتباين الدارين .

ومنها وجوب الحد على من زنى في دار الحرب .

ومنها استحقاق سهم الفرسان إذا جاوزوا الدرب فارساً فنفق فرسه وقاتل راجلاً .

ومنها عدم جواز القسمة في دارهم وغير ذلك من الأحكام .

(ومن قتل مسلماً خطأً لا ولى له ، أو قتل حربياً دخل إلينا بأمـــان) أي إلى دار الإسلام (فأسلم فالدية على عاقلة الإمام) أي على عاقلة القاتل الدية للامــــام ، وفي بعض النسخ على العاقلة للامام (وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفساً معصومة خطأً ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة) أما المسلم فلقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأً ﴾ ...الآية ٩٢ النساء، وأما المستأمن لما أسلم صار من أهل دارنا ، فصار حكمه حكم سائر المسلمين ، وللامـــام أن يأخذ ديتها ويضعها في بيت المال لعدم الوارث.

(ومعنى قوله للامام) أي معنى قول محمد للامام (أن حق الأخذله،لأنه لا وارث له وإن كان عمداً) أي وإن كان قتل المذكورين عمداً ، أي قتلا عمداً (فإن شاء الامـــام قتله) أي القاتل (وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة ، والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان) اعترض عليه بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه ، كما في المكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث . وأجيب بأن الإمام ها هنا نائب عـــن

قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له ، وقوله إن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح ، لأن موجب العمد وهو القود عيناً ، وهذا لان الدية أنفع في هذه المسألة من القود ، فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له أن يعفو ، لان الحق للعامة ، وولايتة نظرية ، وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض

العامة ، فصار كأن الولي واحد ، بخلاف مسألة المكاتب .

(قال النبي ﷺ السلطان ولي من لا ولي له) هذا قطعة من حديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فالمهر لها لما أصاب منها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له . وقال الترمذي حديث حسن ، وقد تقدم الكلام فيه في أوائل النكاح .

(وقوله) أي وقول محمد في الجامع الصغير (وإن شاء أخذ الدية ، معناه بطريق الصلح ، لأن موجب العمد هو القود عيناً) أي القصاص معيناً (وهذا) أى جواز أخذ الدية هنا (لأن الدية انفع في هذه المسألة من القود) أي القصاص ، والحق للعامة والإمام كالنائب عنهم (فلهذا كان له ولاية الصلح على المال ، وليس له أن يعفو ، لان الحق للعامة) أي لعامه الناس (وولايته) أي ولاية الإمام (نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم) أي حق العامة (من غير عوض) عن القتل . وإذا كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط أو غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل ، والكفارة عليه . وإن كان عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء صالحه على الدية عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الديه عليه في مسألة ولا أقتله به ، قيل إني لا أعرف له ولياً ، كذا ذكره الحاكم في الكافي وشمس الأئمة في الشامل .



باب العشر والخراج

قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب

(باب العشر والخراج)

أي هذا باب في بيان حكم العشر والخراج. والعشر لغة أحد الأجزاء العشرة،والخراج إسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ، ثم سمى ما يأخذه السلطان خراجاً ، فيقال أدى فلان خراج أرضه ، وأدى أهل خراج رؤوسهم ، يعني الجزية .

(أرض العرب كلها أرض العشر)قال الكرخي في مختصره أرض العرب كلها أرض عشر ، وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية . قال القدوري«رح»ما ذكره المصنف بقوله (وهي) أى أرض العرب ، وفي بعض النسخ وهو قال الكاكي ذكره بالنظر إلى خبره ، وهو ما يعني كلمة ما التي في قوله (ما بين عذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام) أي حد الشام عذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة ، وهو ماء التميم . والحجر بفتحتين يعني الصخر ، لأنه وقع في أمالي أبو يوسف الصخر موضع الحجر ، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف . ومهرة بفتح الهاء والسكون إسم رجل ، وقيل إسم قبيلة تنسب إليها الابل المهرية ، وسمى ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلاً من قوله باليمن ، هذا أطول أرض العرب. وأما عرضها من يسرين والدهناء ورمل عالج إلى مشارق الشام ، أى قراها .

(والسواد أرض خراج) أي أرض سواد العراق ، أي قراها أرض خراج، وبه صرح التمرتاشي . وسمى السواد لخضرة أشجاره وزروعه (وهو) أي السواد (ما بين العذيب

إلى عقبة حلوان ، ومن الثعلبية . ويقال من العلث إلى عبادان ، لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين «رض» لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب، لانه بمنزلة الفيء ، فلا يثبت في أراضيهم ، كما لا يثبت في رقابهم ، وهذا لان وضع الخراج من شرطه

إلى عقبة حلوان) بضم الحاء إسم بلد. وقال الأترازي المراد من السواد المذكور سواد الكوفة ، وهو سواد العراق وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضاً ، ومن العلث إلى عبادان طولاً . وأما سواد البصرة قال الاهواز وفارس .

وقال المصنف (ومن الثعلبية ، ويقال من العلث إلى عبادان) وقال الأترازي وما قبيل من الثعلبية إلى عبادان غلط ، لأن الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير ، والعلث بفتح العين وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة ، وهو أول العراق شرقي دجلة ، وعبادان بتشديدالباء الموحدة حضر صغير على شطالبحر ، وفي المثل ما وراء عبادان قرية . وفي شرح الوجيز سواد العراق من عبادان إلى حديثة الموصل طولاً ، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضاً ، وطوله مائة وستون فرسخاً ، وعرضه ثمانون فرسخاً ، ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب .

(لأن النبي ﷺ والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب) هذا ليس له أصل في كتب الحديث، ولم يذكر أحد من الشراح حال هذا الحديث بالكلية ، غير أن الأترازي ذكره مثل ما ذكره المصنف ، ثم قال والأرض لا تخلو من أحد الحقين ، يعني العشر والخراج ، فدل أن الذي ذكره المصنف على أن أرض العرب عشرية .

(ولأنه) أي ولأن الخراج (بمنزلة الفيء) من حيث أنه لا يبتدئه المسلم (فلا يثبت) أي الخراج (في أراضيهم) أي في أراضي العرب (كما لا يثبت في رقابهم) لأن شرط وضعه في الرقاب إقرار أهلها عليها على الكفر ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف كما يذكره المصنف الآن (وهذا لأن وضع الخراج) على أرض العرب (من شرطه) أي

أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة « رض » ، ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص ، وكذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام

من شرط الوضع (أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق) حيث وضع عليه الخراج كما يجيء الآن .

(ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وعمر رضي الله عنه حين فتح سواد العراق وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة) وكان فتح سواد العراق على يدي سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه في خلافة عمر رضي الله عنه ، وكان ابتداء سعد في غزوة العراق في سنة أربع عشرة لم يزل يفتح مدينة إلى سنة سبعة عشر . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن أبي مهر عن الشيباني عن أبي عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب يبلغه الماء عامراً ودارماً درهماً وقفيز من طعامهم ، وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام ، وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة . ولم يضع على النخل شيئاً جعله تبعاً للأرض .

(ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص) وكان فتح مصر في سنة عشرين من الهجرة . وقال الأترازي وضع عمر رضي الله عنه الخراج على مصر حين افتتحت صلحاً على يد عمرو بن العاص ، انتهى . وقال الواقدي حدثني من سمع صالح بن ليسان يخبر عن يعقوب بن عيينة عن شيخه من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة ، واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم عمرو بن العاص بعد وضع الجزية في رقابهم ، ووضع الخراج على أرضهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذلك .

(وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام) قال الأترازي وضع عمر بن

قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها، لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها، وقد قدمناه من قبل. قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم

الخطاب الخراج على الشام حين افتتح بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحاً دون أراضيها. وأما أراضيها ففتحت عنوة على يدي زيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة ابن الجراح وخالد بن الوليد رضي الله عنهم انتهى. قلت قال ابن كثير اختلفت العلماء في دمشق هل فتحت صلحاً أو عنوة، فأكثر العلماء على أنه استقر أمرها على الصلح، وقيل بل جعل نصفها صلحاً ونصفها عنوة، ونصر بن اسحاق وسيف بن عمر وظيفة بن خياط وأبو عبيدة وآخرون أن فتح دمشق كان في سنة أربع عشر من الهجرة.

(قال) أي القدوري (وأرض السواد مملوكة لأهلها) هو سواد العراق كما ذكرناه (يجوز بيعهم لها) أي للارض (وتصرفهم فيها) أي في أرض السواد بأي نوع كان من أنواع التصرفات (لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً) عطف قهراً على عنوة عطف تفسير (له) أي للامام (أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج) والمراد من الخراج على الرؤوس الجزية، ولما جاز إقرار الإمام إياهم على أراضيهم (فتبقى الأرض مملوكة لأهلها) يتصرفون فيها كيفما شاء وله بيعاً غير ذلك (وقدمناه من قبل) أي في باب قسمة الغنائم. وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد لا يجوز بيعها وهبتها وحبسها لأهلها، لأنها موقوفة على المسلمين. وعن الشافعي يقسمها ويخمسها ولا يقر أهلها عليها. والحجة عليه فعل عمر رضي الله عنه حين فتح العراق بمحضر من الصحابة من غير نكير.

(قال) أي القدوري (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشرية، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم) أي لأن الحق المتعلق لها ابتدأ

والعشر أليق بـــه لما فيه من معنى العبادة ، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج ، وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج . وكـــذا إذا صالحهم ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به . ومكة مخصوصة من هذا ، فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج .

به المسلم (والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة) ولهذا تصرف الصدقات (وكـــذا هو) أي العشر (أخف) أي عن الخراج (حيث يتعلق بنفس الخارج) لأنـــه لا يجب حتى يوجد الخارج .

(وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم؛ لأن الحاجة في ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) أي بالكافر ، لأن فيه معنى العقوبة ، لأنه يشبه الجزية التي هي العقوبة على الكافر ، ولان في الخراج تغليظاً ، ولهذا أنه يجب وإن لم يزرع (ومكة مخصوصة من هذا) هذا جواب القياس في أرض مكـــة الخراج ، لانها فتحت عنوة ، وقال ومكة مخصوصة من هذا ، هذا جواب القياس ، فإن القياس في أرض مكة الخراج ، لانها فتحت عنوة . وقال مكة مخصوصة بفعل النبي ﷺ فكما لا رق على العرب ، فكذلك لا خراج على أراضيهم . وقيل جعلت مكة عشريـــة تعظيماً لها . قوله من هذا ، أي من قوله وكل أرض فتحت عنوة .. إلى آخره (فإن رسول الله ﷺ فتحها) أي فتح مكة (عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج) فيـــه وردت أحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه البخاري عن أم هانىء أنهـــا أجازت رجلاً من المشركين يوم الفتح ، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك فقال قد أجرنا من أجرت ، وآمنا من آمنت . قال المنذري في مختصره استدل بهذا الحديث على أن مكة فتحت عنوة ، إذا لم تفتح صلحاً لوقع بـــه الإذن العام ، ولم يحتج إلى أمان أم هانىء ولا تجديره من النبي ﷺ .

وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج ، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر ، لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ، ونماؤها بمائها ، فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج

(وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الانهار فهي أرض خراج، وما لم يوصل إليه ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر ، لان العشر يتعلق بالارض النامية ، ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أوبماء الخراج) وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقوله ولو كانت البلدة خراجية ناجى رجل في بعض النواحي فإن سقاها من غير ان استيقظها [١] او من ماء السماء فهى عشرية، وإن سقاها من الانهار الصغار فهي خراجية ، وإن سقاها من الانهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية ابي سليمان تكون خراجية ، ويجعلها تابعة للبلدة ، وفي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لان هذا مباح كماء السماء.

فائدة :

خراسان ومرو والري فتحها عبد الله بن عامر بن كدير في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه . واما ما وراءها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عفان لمعاوية صلحاً ، وسمرقند و كشر ونصف وبخارى فتحت على يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم ، والذي فتحها ابو موسى الاشعري في ولاية عثمان صلحاً وطبر عثمان فتحها سعيد بن العاص في ولاية عثمان صلحاً ، ثم فتحها عمر بن العلاء والطالقان ودين سنة سبع وخمسين ومائة . واما جرجان فافتتحها يزيد بن المهلب في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين . واما كرمان ومستحناه فتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحاً . واما الاهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة على يدى أبي موسى الاشعرى رضي الله عنه . وأما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جر ونهاوند على يدى سعيد والنعمان ابني مقرن . وأصبهان فتحت على يدى أبي موسى . والجزيرة فتحت صلحاً على

---

(١) هكذا الجملة في الاصل والمقصود فان جاء رجل في بعض النواحي فان سقاها من غير استعمال ماء الأنهار.

ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها ، فإن كانت من حيز أرض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية ، والبصرة عنده كلها عشرية بإجماع الصحابة «رض» لأن حيز الشيء يعطي له حكمه كفناء الدار يعطي له حكم الدار ، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به .

يدي عياض بن غنم ، والجزيرة ما بين الفرات ودجلة ، والموصل من الجزيرة . وأما أرض الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين ، كذا ذكر القتبي .

(ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها، فإن كان من حيز أرض الخراج ومعناه بقربها فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية) أي معنى قول القدورى بحيزها بقربها ، وهذا تفسير المصنف لقول القدورى ، لأنه ذكره في مختصره. قال في ديوان الأدب حيز الناحية وجمعه أحياز جمع على لفظه، وأصله من الواو. قال في المجمل القياس أحواز . قلت لأن أصل حيز حيوز ، لأنه من الحوزاء جمعت الياء والواو فسبقت إحداهما بالسكون فأبدلت الواو ياء ، وأدغمت الياء في الياء . والمراد من قوله ومن حي إحياء أرض المسلم ، فإن الذمي إذا أحيا أرضاً مواتاً تكون خراجية ، كذا في شرح الطحاوى .

وعلى قياس أبي يوسف ينبغي أن تكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز أرض الخراج وإن أحياها المسلمون ، إلا أن القياس ترك بإجماع الصحابة على توظيف العشر عليها. وهذا معنى قوله (والبصرة عشرية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم) كذا قاله أبو عمر وغيره (لأن حيز الشيء يعطى له حكمه) أى حكم ذلك الشيء ، وهذا دليل أبي يوسف على مذهبه .

(كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به) أي حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره وإن لم يكن الفناء ملكاً له لاتصاله بملكه، وقد ذكر في المبسوط قال المستأجر للاجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ، فحفروا فمات فيه

وكـذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر ، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية ، لأنهـــا من حيز أرض الخراج ، إلا أن الصحـــابة «رض» وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم

وقال محمد «رح» إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو مـاء دجلة والفرات والأنهار العظام التي لا يملكها أحـــد فهي عشرية ، وكـــذا إن أحياها بماء السماء ، وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد

إنسان فالضمان على الأجراء قياساً ، لأنهم علموا بفساد الامر فما منعهم . وفي الاستحسان أن الضمان على المستأجر ، لان كونه فناء منزله بمنزلة كونه مملوكاً له لاطلاق يده في التصرف فيه من القانطين والحطب وربط الدواب والركوب وبناء الدكان ، فعلم ان الفناء حق الانتفاع وإن لم يكن ملكاً له .

(وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر) وفي بعض النسخ ، وكذا لا يجوز اخذ ما قرب العامر ، لان لاهل العامر حق الانتفاع فيما قرب من العامر (وكان القيـــاس في البصرة ان تكون خراجية) قيل هذا تكرار ، لانه قال والبصرة عشريـة إلى آخره ، ورد عليه بأن الاول رواية القدوري وهذا شرح لذلك . (لانها من حيز ارض الخراج ، إلا ان الصحابة وظفوا عليها العشر ، فترك القياس لاجماعهم) اى لاجماع الصحابـــة على توظيف العشر على البصرة ، وقد ذكرناه .

(وقال محمد رحمه الله إن احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلةوالفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية، وكذا إن أحياها بماء السماء) اى المطر (وإن احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك) ونهر الملك قريب من بغداد على طريق الكوفه ، والمراد من الملك كسرى نوشيروان بن قباز ، وكان جميـــع ملكه سبعاً واربعين سنة وسبعة اشهر، وكسرى برويز من اولاده وهو برويز بن هرمز بن كسرى نوشيروان ، وقام على الملك ثمانياً وثلاثين سنة (ونهر يزدجرد) وهو يزدجرد بن

فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء ، إذ هو السبب للنماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً ، فيعتبر في ذلك الماء ، لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية . قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم

شهريار بن كسرى ملك وهو ابن خمس عشرة سنه ، ثم لما قتل رستم في قتال سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه بالفارسية هرب جرد يزدجرد إلى مرو في طريــق سجستان فقتل هناك ، وكان جميع ملكه عشرين سنة وهو آخر ملوك العجم ، ولم يزل منهزماً من اصحاب رسول الله ﷺ إلى خراسان وإلى بلاد الترك وعاد فقتل بمرو ، وكان ذلك في سنة إحدى وثلاثين في خلافة عثمان رضي الله عنه .

(فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء ، إذ هو السبب للنماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً ، فيعتبر في ذلك الماء ، لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية) أي التزام الخراج فتكون الأرض خراجية (قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب) وهي أرض طولها ستون ذراعاً بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة ، وهي ست قبضات ، وذراع الملك سبع قبضات ، كــذا في المغرب . وذكر التمرتاشي أن طول الجريب ستون ذراعاً ، وعرضه ستون ذراعاً بذراع الملك . وقيل الجريب ما يذر فيه مائة رطل . وقيل الجريب ما يــذر فيه من الحنطة ستون مناً في ديارنا . وقيل الجريب خمسون مناً في ديارنا . وقيل ما نقله مقدار ، كذا في القنية وفتاوى العناوي . وفي الكافي ما قيل الجريب ستون في ستون حكاية عن جريبهم في أراضيهم ، وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها ، بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان ، فيعتبر في كل بلد بتعارف أهله (يبلغه الماء) جملة من الفعل والفاعل والمفعول صفة لجريب.

وقوله (قفيز هاشمي) خبر المبتدأ ، أعني قوله والخراج ، وفسروا القفيز الهاشمي بقوله (وهو الصاع ودرهم) الصاع ثمانية أرطال ، أي أربعة أمناء ، خلافــاً لأبي يوسف . وقال

ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم ، وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه ، فإنه بعث عثمان بن حنيف

الاترازى إعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكاكي للحاكم الشهيد والشامل في شرح الطحاوي وشروح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث فخر الإسلام البزدوي وغير ذلك . وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية أرطال ، وهو صاع رسول الله ﷺ ، وإنما نسب إلى الحجاجي أخرجه بعدما فقد ، وانه يسع فيه ثمانية أرطال وهي أربعة منا .

وفي قول أبي يوسف خمسة أرطال وثلث رطل ، وكذلك في خلاصة الفتاوى ، فإذا كان الحجاجي وهو صاع رسول الله ﷺ ، فكيف يقيد صاحب الهداية والشافعي بالهاشمي والهاشمي اثنان وثلاثون رطلاً. وقال محمد القفيز قفيز الحجاج، وهو ربع الهاشمي، وهو مثل الصاع ، والصاع كان على عهد النبي ﷺ ثمانية أرطال . وقال الأترازي والمراد من القفيز الواجب قفيز ما يزرع فيها ، كذا في شرح الطحاوى . وقال الإمام ظهير الدين أنه قفيز من حنطة أو شعير ، والمراد من الدرهم درهم يوزن سبعة .

(ومن جريب الرطبة خمسة دراهم) الرطبة بفتح الراء . قال في المغرب المفرد الرطب ، والجمع رطاب . ومنه حديث حذيفة وابن حنيف وظفا على كل جريب من أرض الزرع درهماً من أرض الرطبة خمسة دراهم. وفي كتاب العشر البقول غير الرطاب، فإنما البقول مثل الكرات ونحو ذلك، والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجرى مجراه ، انتهى . قلت الرطبة هي التي يقولها أهل مصر الرسم ، وأهل البلاد التركية ينجا بضم الياء أول الحروف وسكون النون وبالجيم مقصور .

(ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) قال تاج الشريعة الكرم المتصل والنخيل ، والمتصلة ما يصل بعضها ببعض على وجه تكون كل الأرض مشغولة بها (هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) أشار به إلى الذي ذكره على الوجه المذكور منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (فانه) أي فان عمر (بعث عثمان بن حنيف

حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة « رض »

حتى يمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسى فبلغ ستمائة وثلاثين ألف جريب) روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن أبي مجلف عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث عمار بي ياسر وعبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف رضي الله عنهم إلى الكوفة فجعل عماراً عليه الصلاة والقتال ، وجعل ابن مسعود على القضاء وعلى بيت المال ، وجعل عثمان بن حنيف على مساحة الأرض ، وجعل لهم كل يوم شاة ، ثم قال ما أرى قرية يؤخذ منها كل يوم شاة ثم قال أرى قرية يؤخذ منها كل يوم شاة إلا سيسرع فيها ، ثم قال لهم إني أنزلتكم في هذا المال ونفسي كوالي اليتيم ، من كان غنياً فليستعطف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف . قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة ، فجعل على كل جريب النخل عشرة دراهم ، وعلى كل جريب العنب ثمانية دراهم ، وعلى جريب القصب ستة دراهم ، وعلى الجريب من البر أربعة دراهم ، وعلى الجريب من الشعير درهمين ، وجعل على رأس كل رجل منهم أربعة وعشرين درهماً كل عام ، ولم يضرب على النساء والصبيان ، وأخذ من تجارهم من كل عشرين درهماً درهماً ، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فرضي به ، انتهى .
النبي ﷺ آخى بينه وبين علي رضي الله عنه مات في خلافة معاوية ، وله عقبة .

وحذيفة في اليمان هو حذيفة بن حنبل بن جابر بن ربيعة بن عمر بن اليمان ، وينسب إلى جده هذا ، سكن الكوفة ومات بالمدائن سنة ستة وثلاثين .

(ووضع على ذلك ما قلنا) وقال الأترازي هكذا أثبت في النسخ ، وكأنه سهو من الكاتب ، لأن قياس الترتيب أن يقال وضع ذلك على ما قلنا ، أي وضع الخراج على الوجه الذي قلنا في جريب الزرع ، وجريب الرطبة ، وجريب الكرم . ورأيت في شرح تاج الشريعة نقل ذلك على الصحة ، حيث قال ووضع ذلك على ما قلنا ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك ، فدل هذا على أن تفسير التركيب من الناسخ الجاهل (وكان ذلك بمحضر من الصحابة) أي كان ما نقل عن عمر رضي الله عنه بحضور من صحابة رسول الله ﷺ

من غـــير نكير ، فكان إجماعاً منهم، لأن المؤن متفاوتة ، فالكرم أخفها مؤنة ، والمزارع أكثرها مؤنة ، والرطاب بينهما ، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها ، فجعل الواجب في الكرم في أعلاها،وفي الزرع أدناها وفي الرطب أوسطها ، قال

(من غير نكير ، فكان إجماعاً) أي من غير أن ينكر عليه أحـــد منهم ، فكان إجماعاً على ذلك .

(ولأن المؤن) بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة بفتح الميم وضم الهمزة . وفي المغرب المؤنة الثقل بقوله من ما ثبت القوم إذا اجتمعت مؤنتهم ، وقيل من منت الرجل مؤنة . وقيل هي مفعلة عن الأون والأين، والأول أصـــح . وقال الجوهري المؤنة تهمز ولا تهمز وهي فعولة . وقال الفراء هي مفعلة من الأين وهو التعب والشدة ، ويقال هي مفعلة من الأون وهو الخروج والعدل ،لأنه ثقل على اللسان.ومانت القوم أمانهم أماناً إذا حملت مؤنتهم . ومن ترك الهمزة قال منتهم (متفاوتة)والتفاوت الموت أثر في تفاوت الواجب. ألا ترى أن الواجب فيما سقي سيحاً من الأرض العشرية وهو العشر ، وفيما سقى بغرب أو دالية أو سمانية نصف العشر .

(فالكرم أخفها مؤنة) أي أخف الأشياء المذكورة وهي الرطبة ، والكرم والنخل وريعه أكثر ، فالواجب فيه أعلى وهو عشرة دراهم ، وهذا لأنه يبقى دهراً مديداً مع قلة المؤنة (والمزارع أكثرها) أي أكثر الأشياء المذكورة (مؤنة) لأن الزرع يحتاج فيه إلى الكرب وإلقاء البذروالحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة (والرطاب بينهما) أي بين الأخف والأكثر، لأنه لا يحتاج إلى إلقاء البذر كل عام ولا بذرية فيها أصلا وقـــدوم أعواماً ليس لدوام الكرم ، فكأن الواجب فيما بين الأمرين وهو خمسة دراهم. قلت هذا الذي قاله الشراح باعتبارها عادة بلادهم ، وأما في بلاد مصر ففي كل سنة يزرعونها .

(والوظيفة تتفاوت بتفاوتها) أي بتفاوت المؤنة كما ذكرنا (فجعل الواجب في الكرم في أعلاها) أي في أعلى المؤن (وفي الزرع أدناها ، وفي الرطبة أوسطهـــا . قال) أي

وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة ، لأنه ليس فيــه توظيف عمر رضي الله عنه ، وقد اعتبر الطاقة في ذلك فتعتبرها فيما لا توظيف فيه . قالوا ونهاية الطاقة أن يبلــغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه ، لأن التنصيف عين الانصاف

القدوري (وما سوى ذلك من الاصناف) أي ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم (كالزعفران) وفي النهاية أي أرض الزعفران تلحــق بأرض الزرع أو الرطبة أو الكرم ، وبأيها كانت أشبه في قدر العنة فهو مبلغ الطاقــة ، لذا ذكره الإمام التمرتاشي .

(والبستان) كل أرض يحوطهــا حائط . وفى فتاوى الظهيرية ولو كان فى جوانب الارض أشجاراً ووسطها مزرعة ففيها وظيفة عمر رضى الله عنه ولا شيء فى الاشجار ، وكذا لو غير أشجاراً غير مثمرة،ولو كانت الأشجار مثمرة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم (وغيره) أي وغير البستان (يوضع) أي الخراج (عليها) أي على الزعفران والبستان وغير البستان (بحسب الطاقة) ففى أرض النخيل المطلقة يجعل عليها الخراج بقدر مــا يطيق ، ولا يزاد على جريب الكرم . وفي جريب الزعفران بقدر ما يطيق أيضاً وينظر إلى غلتها، فان بلغت غلة الزرع تؤخذ قدر خراج الزرع ، وإن بلغت قدر غلة الرطبــة يؤخذ خمسة (لانه ليس فيه) أي فيما سوى ذلك (توظيف عمر رضى الله عنه) وذلك الخراج على نوعين ، خراج وظيفة وهو الذي توظيف عمر رضي الله عنه ، وخراج مقاسمة، وهو أن يكون الخراج من الأرض لا يوظف فيه فيوضع فيه بحسب الطاقــة ، وهو معنى قوله (وقد اعتبر الطاقة في ذلك) أي فيما سوى ذلك من الأصناف (فتعتبرها) أي الطاقة (فيما لا توظيف فيه) لأن يوظف به.

(قالوا) أي مشايخنا (ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليــه ، لأن التنصيف عين الإنصاف) قال فخر الإسلام البزدوي رحمه الله وإنما تتناهى الطاقة إلى

لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين. والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر . وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان . قال فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام ، والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ،

نصف الخارج لا يزاد عليه ، ألا ترى إنه قال في كتاب العشر والخراج والسير الكبير في في أرض لم يخرج من الغلة إلا قدر قفيزين ودرهمين ، وهي جريب ان خراجها قفيز ودرهم ، وهذا لأنا لما ظفرنا بهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أحوالهم ، فإذا مننا عليهم وقاطعناهم على نصف الخراج كان التنصيف هو الإنصاف بعينه ، حيث كان النصف لنا والنصف لهم (لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين) هذا متصل بما قبله ، حاصل معناه انا حين ملكناهم كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين ، ولكن أنصفناهم حيث رضينا بنصف الخارج من غير زيادة ، وهذا عين الإنصاف منا حيث جعلنا النصف لهم والنصف لنا .

(والبستان كل أرض يحوطها حائط) أي يكون حواليها حيطان (وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر) وفي المغرب البستان الجنة (وفي ديارنا) ديار صاحب الهداية فرغانة ، ويقال له الفرغاني والمرغيناني أيضاً . وفرغانة بفتح الفاء وسكون الراء سجون ومرغينان من بلاد غانة (وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان) أي من أي جنس كان مما فيه الخراج .

(قال) أي القدوري (فإن لم تطق) أي الأرض (ما وضع عليها) وفي بعض النسخ فإن كان لم يطق . قال الأترازي إن صح لفظ كان فهو زائد ، وعدم الإطاقة عبارة عن قلة الريع (نقصهم الإمام) أي نقص الإمام عن اصحاب الأراضي التي لا تطيق ما وضع عليها (فالنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع) والريع النماء والزيادة ، وأراد به هنا الغلة . وقال الكاكي إذا جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الاولى . وفي الخلاصة إن كانت الأرض لا تطيق أن يكون الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز أن

ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق، فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لا طاقت، وهذا يدل على جواز النقصان . وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد « رح » اعتباراً بالنقصان ، وعند أبي يوسف « رح » لا يجوز ، لأن عمر « رض » لم يزد حين أخبرنا بزيادة الطاقة ،

ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج ، أمـــا إذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه أجمعوا على أن الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في سواد العراق وفي بلدة وظف الإمام عليها الخراج لا يجوز ، فأما في بلدة أراد الإمام أن يبتدىء بها بالتوظيف قال أبو يوسف لا تزيد . وقال محمد يزيد . وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، ويجيء الآن ما ذكره الولوالجي .

(ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا لا بـل حملناها مـا تطيق ، ولو زدناها لا طاقت) هذا أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب فضائل الصحابة وفي كتاب السمة لعثمان عن عمرو بن ميمون قال رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل أن يصاب بأيام بالحديبية وقف على حذيفة وعثمان بن حنيف قال كيف فعلتما ، أتخافان أن تكونا حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا حملناها أمراً هي له مطيقة فيها كثير فضل ، قال انظر أن تكونا حملتاها ما لا تطيق ، فقالا لا ، فقال عمر رضي الله تعالى عنه كيف سلمها الله عن أرامل العراق لا يحتجى إلى أحد بعدي ، قال فما أتت عليه أربعة حتى أصيب ... الحديث بطوله وهو حديث مقتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتبعه عثمان رضى الله عنه ، وقد عرفت أن قول عمر لعلكما خطاب لحذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الصحابيين الكبيرين . والضمير في قوله قالا في الموضعين يرجع إليهما .

(وهذا) أي قولهما ولو زدنا لا طاقت (يدل على جواز النقصـان) عند قلة الريع بالإجماع (وأما الزيادة عند زيادة الريـع يجـوز عند محمد اعتباراً بالنقصان . وعنـد أبي يوسف لا يجوز لأن عمر رضى الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة) وهو في قولهما ولو زدنا لأطاقت .

وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع المـــاء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه ، لأنه فات التمكن من الزراعـــة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج . وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول ، وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج .

(وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها واصطلم الزرع آفة) أي استأصله، والاصطلام الاستئصال وهو القلع من الأصل (فلا خراج عليهما ، لأنه فات التمكن من الزراعة) قال الكاكى قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب بأن الخراج يسقـــط بالاصطلام محمول على مـــا إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن يزرع الأرض ثانياً ، أما إذا بقى لا يسقط الخراج ، ذكره في شرح الطحاوي. وفي فتاوى البكري وتكلموا أن المعتبر فى ذلك زرع الحنطة والشعير أم أى زرع كان ، وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أم مـــدة تبلغ الزرع مبلغاً تكون قيمته ضعف الخراج، وفى ذلك كلام، والفتوى على أنه مقيد بثلاثة أشهر (وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج) أى التمكن من الزراعة هو النماء التقديرى. والنماء على قسمين حقيقى وتقديرى ، والخراج يتعلق بأحدهما ، وهنا لما غلب المـــاء على الأرض بحيث لم تبق صالحة للزراعة أو كانت مدة لم يوجد النماء التقديرى فلا يجب التقديرى.

(وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحول ، وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة) فإن من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستـــة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة، لأنها لم تبق نامية فى جميع الحول (أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج) أى حقيقة الخارج إذ التمكن من الزراعة قائم مقامه ، فإذا وجد الأصل سقط اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالأصل ، فاذا هلك بطل ما تعلق به .

حاصله أن النماء التقديرى كان قائماً مقام النماء الحقيقى ، فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به لكونه الأصل ، وقد هلكت فيهلك معه الخراج ، بخلاف ما إذا أعطاها وهو متمكن من الزراعة ، حيث يكون الخراج ديناً فى ذمته تعبير الخراج بالنماء التقديرى حينئذ ، ألا

قال وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن كان ثابتاً وهو الذي فوته . قالوا من انتقل إلى أحسن الأمرين من غير عذر فعليه الخراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع الزيادة ، وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس .

ترى أن رجلا لو استأجر بيتاً أو حانوتاً معطلة فعليه الأجر ، فان لم يتمكن من الانتفاع بأن غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الأجر .

فان قلت لو استأجر أرضاً فزرعها فاصطلمت الزرع آفة أنه يجب عليه الأجر . قلت أجيب بأن الأجر إلى وقت هلاك الزرع ، ولا يجب عليه بعد ذلك ، وليس الأجر بمنزلة الخراج ، لأن الخراج وضع على مقدار الخارج . وإذا اصطلحت الأرض للزراعة فإذا لم تخرج شيئاً جاز إسقاطه والأجر لم يوضع إلى مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم تخرج .

(وإن عطلها) أي الأرض (صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن) من الزراعة (كان ثابتاً ، وهو الذي فوته) أي فوت الريع مع إمكان تحصيله . قال التمرتاشي هذا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة ، والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها . أما إذا عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك ، وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة ، وإن شاء زرعها لمنفعة بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يوجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج ، وهذا بلا خلاف .

وعن أبي يوسف يدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها فرضاً . وفي جمع الشهيد باع أرضاً خراجية ،فإن بقي من السنة مقدار ما ملك المشتري من الزراعة والخراج عليه وإلا فعلى البائع .

(قالوا) أي قال مشايخنا في شروح الجامع الصغير (من انتقل إلى أحسن الأمرين بغير عذر) كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب (فعليه الخراج الأعلى) وهو خراج الزعفران (لأنه هو الذي ضيع الزيادة) كان التقصير منه (وهذا) أي هذا الحكم (يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس)لأنهم لا يعلمون بالشرع وليس

ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله ، لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء ، فأمكن إبقاؤه على المسلم . ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا . وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها ،

لهم دأب إلا تحصيل الأموال من أي وجه كان ، وما عندهم قوة دين يمنعهم عن ذلك. ورد بأنه كيف يجوز الكتمان ، وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجباً . وأجيب بأنا لو أفتينا بذلك لا دعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك إنها قبل ذلك كانت تزرع الزعفران ،فأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان.وفي شرح الطحاوي جعل أرض الزعفران مسكناً أو خاناً للغلة أو مقبرة أو مسجداً يسقط الخراج .

(ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وقال مالك والشافعي يسقط الخراج . وعند مالك تسقط الجزية أيضاً ، وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا وعند الشافعي ،وعند مالك لا يجوز ،وفي رواية يجوز ويسقط الخراج (**لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر** مؤنة) لأن الخراج مؤنة الأرض النامية كالعشر والمسلم من أهل التزام المؤنة ،وهذا لأنه بعد الإسلام لا يخلي أرضه عن مؤنة في حالة البقاء كما كانت (في حالة البقاء ، **فأمكن إبقاؤه** على المسلم) لأن إبقاء ما تقرر واجباً أولى ، لأنا إن أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب العشر ، بخلاف خراج الرأس ، لأنا لو أسقطنا ذلك عنه بعد إسلامه لا يحتاج إلى إيجاب مؤنة أخرى .

(ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج) وقد ذكرنا الخلاف فيه آنفاً (لما قلنا) هو قوله لأن فيه معنى المؤنة ، والمسلم من أهل المؤنة (وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج) من الذمي (وكانوا يؤدون خراجها) وقال الكاكي صح عن ابن مسعود والحسن بن علي وشريح رضي الله عنهم ، انتهى . ولم يبين وجه الصحه ولا من خرجه ، وغيره من الشراح لم يذكره أصلاً، غير أن

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة .
ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما ،
لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين

صاحب النهاية قال روي عن عبد الله بن مسعود والحسن بن شريح أنهم كانت لهم أراضي بالسواد ويؤدون خراجها ، انتهى .

وهذا ذكره بياناً بصيغة التمريض ، وهي لا تدل على الصحة . غير أنا نحتج في ذلك بما قال البيهقي في كتاب المعرفة . قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة رضي الله عنهما أنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسن بن علي والشريح أرض الخراج . حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه إني اشتريتها أرضاً في أرض السواد ، فقال عمر رضي الله عنه أنت فيها بمثل صاحبها .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا الثورى عن قوس بن أسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر رضى الله عنه ادفعوا إليها أرضها تؤدي عنها الخراج (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج واداثه للمسلم من غير كراهة) احترز به عن قول المتقشفة ، فإنهم يكرهونه ويستدلون بما روي يقول عليه السلام رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا ، ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك ، بل المراد أن المسلمين إذا شغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة ، وفيه تأمل . وقال الأترازي في قول المصنف للمسلم لو قال من المسلم كان أولى ، ولم يبين وجه ذلك .

(ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) يعني لا يجمع بين العشر والخراج (وقال الشافعى «رض» يجمع بينهما) أي بين العشر والخراج ، وبه قال مالك وأحمد (لأنهما) أي لأن العشر والخراج (حقان مختلفان) يعني من حيث الذات ، فإن أخذهما مؤنة فيه معنى العبادة ، والآخر مؤنة فيها معنى العقوبة (وجبا في محلين بسببين مختلفين) فإن الخراج في الذمة والعشر من الخارج بسببين مختلفين ، فان سبب العشر الأرض النامية بحقيقة الخارج ، وسبب الخراج الأرض النامية بالتمكن ، ويختلفان مصرفاً أيضاً ، فان

فلا يتنافيان . ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ، ولأن أحـــداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما ، وكفى بإجماعهم حجة .

مصرف العشر الفقر ، ومصرف الخراج المقاتلة ، فاذا كان كـــذلك (فلا يتنافيان) أي العشر والخراج بوجوب أحدهما لا ينافي وجوب الآخر كوجوب الدين مع العشر أو الخراج.

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) قال الأترازي ولنا ماروى أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي ﷺ أنه قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة . قلت رواه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عتبة عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة بن مسعود قال ، قال رسول الله ﷺ لا يجتمـع على مسلم خراج وعشر . وقال ابن عدي ويحيى بن عتبة منكر الحديث ، وإنما يروى هـذا عن قول ابراهيم فجاء يحيى بن عتبة فأطال فيه ووصله إلى النبي عليه السلام ، ويحيى بن عتبـة مكشوف الرأس لروايته عن الثقات الموضوعات فمات .

وقال ابن جران ليس هذا من كلام رسول الله ﷺ ، ويحيى بن عتبة رجـــل يضع الحديث لا تحل الرواية عنه . وقال الدارقطني يحيى هذا رجل يضع الحديث وهـو كذب على أبي حنيفة ومن بعده إلى رسول الله عليه السلام . وقال البيهقي هذا حديث باطل ، ويحيى هذا شهر بالوضع . قلت وقع في مسند أبى حنيفة مثل ما رواه ابن عدي ، ولكن عدي وآخرون تكلموا فيه بسبب يحيى بن عتبة ، ولما علمنا من يحيى بن عتبة لأن أصحابنا رووا هذا في كتبهم وهم ثقات على أن ابن شاهين رواه عن يحيى بن عيسى عن أبى حنيفة .

فان قلت أنكر يحيى بن عيسى وقال هو يحيى بن عتبة . قلت من اطلع في أحـوال هؤلاء عرف أن الخطيب كيف يتكلم في الحقيقة ولا يلتفت إليه في مثل هذا .

(ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما) أي بين العشر والخراج (وكفى بإجماعهم حجة) حيث لم يفعل عن واحد منهم أنه جمع بينهما ، واجتماع الأئمة على فعـــل قضية أو منعها حجة .

ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة ، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية ، إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً ، وفي الخراج تقديراً ، ولهذا يضافان إلى الأرض ، وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة ،

(ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض) أي يجب في أرض (أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان) وهما الطوع والقهر (لا يجتمعان في أرض واحدة) لمنافاة بينهما إذا تطوع ضد الكره الحاصلة من القهر ، فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان .

(وسبب الحقين) أي العشر والخراج (واحد وهو الأرض النامية) بدليل إضافة العشر والخراج إليهما ، والإضافة دليل السببية ، فلما كان السبب واحداً كان المسبب أحدهما من غير جمع بينهما كالدية والقصاص (إلا أنه) أي أن السبب (يعتبر في العشر تحقيقاً) لان العشر أحد الاجزاء العشرة من الخراج (وفي الخراج) أي يعتبر في الخراج (تقديراً) أي من حيث التقدير ، وذلك لأن سبب الخراج ملك الأرض النامية بالنماء التقديري (ولهذا) أي ولأجل أن السبب هو الأرض النامية (يضافان) أي العشر والخراج (إلى الأرض) فيقال عشر الأرض وخراج الأرض (وعلى هذا الخلاف) اي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي (الزكاة مع أحدهما) أي الزكاة مع أحدهما لا يجتمع مع الخراج والعشر عندنا ، خلافاً له . صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج بنية التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة . وعن محمد أن عليه الزكاة مع أحدهما ، وهو قول الشافعي لاختلاف سببها ومحلها . قلنا الواجب حق الله تعالى فيه ، فتعلق بالأرض فلا يجتمعان ، كما لايجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد .

(فلا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) يعني لا يؤخذ خراج الأرض في سنة إلا

لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر ، لانه لا يتحقق عشراً إلا بوجوبه في كل خارج

مرة واحدة وإن أغلها صاحبها موات (لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه) أي الخراج (مكرراً) أي ما أخذ الخراج والجزية في السنة إلا مرة واحدة. وقال الحاكم في الكافي الحجة في هذا عمر رضي الله عنه لانه لو وجب الخراج وتكرر ينبغي أن يكون هذا في خراج الموظفة لا في خراج المقاسمة لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ، ويكون ذلك في الخارج (بخلاف العشر ، لانه لا يتحقق عشراً) أي لا يوجد حال كونه عشراً (إلا بوجوبه) أي بسبب وجوبه (في كل خارج) لان العشر وظيفة لازمه يؤخذ من الخارج ، فتكرر بتكرر الخارج .



باب الجزية

وهي على ضربين ، جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام أهل نجران على ألف ومائتي حلة ، ولان الموجب هو التراضي

(باب الجزية)

أي هذا باب في بيان حكم الجزية. والجزية ما يؤخذ من الذمي باعتبار رأسه . والجمع من قبيل الملحية واللحى ، وسميت بها لانها تجزى ، أي تقضى ، ويكفى في الذمي عن القتل ، أو يعتق بها يسقط عنه القتل . ولما فرغ من خراج الارض شرع في خراج الرأس وهو الجزية ، إلا أنه قدم الاول لانه شاركه في سببه . وفي الشرع معنى الجزية وبيان العريان مقدم .

(وهي) أي الجزية (على ضربين) أي نوعين ، أحدهما (جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألف ومائتي حلة) هذا أخرجه أبو داود عن اسماعيل بن عبد الرحمن البغدادي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة ، النصف في صفر ، والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين ... الحديث. ونجران بفتح النون وسكون الجيم بلاد من اليمن أصلها نصارى . والحلة بضم الحاء المهملة وتشديد اللام إزار ورداء هذا هو المختار لا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول أو الحل لما بينهما من الوجه . وقال الولوالجى في فتاواه وتوضع على نصارى نجران على رؤوسهم وأراضيهم في كل سنة الفاعلة كل حلة خمسون درهماً . قلت الذي ذكر المصنف غير موافق للحديث ، مع أن الحديث حديث واحد رواه ابن عباس وأخرجه عنه أبو داود كما ذكرنا .

(ولان الموجب) بكسر الجيم ، أي لان الموجب لتقدير ما وقع عليه (هو التراضي)

فـــلا يجوز التعـدي إلى غـير ما وقـع عليه الاتفـاق وجزية يبتدىء الإمام بوضعها إذا غلب الإمـــام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى وسط الحـــال أربعة وعشرين درهماً في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً ،

لا لموجب الجزية ، فإن موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا .

فإن قلت كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو أعظم الجنايات بأخذ المال . ولو جاز ذلك جاز تقرير الزاني على الزنا بالمال . قلت ليس أخذ الجزية يدل على تقرير الكفر . وإنما هو عوض عن ترك القتل ولا يستعرفان الواجبين ، فجاز كإسقاط الواجب بالقصاص بعوض ، أو هى عقوبة على الكفر ، فيجوز كالإسترقاق .

(فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق) أي لا يجوز التجاوز إلى غير ماوقع عليه التراضى (وجزية) أي الضرب الثاني جزية (يبتدىء الإمام بوضعهـا) أي بوضع الجزية (إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم) هذا الضرب بوضع الإمـــام بغير رضى منهم ، وهو تفاوت بتفاوت الطبقات ، وبين ذلك بحرف الباء بقوله (فيضع على الغنى الظاهر الغنـى)في شرح الطحاوي ظاهـــر الغنى من يملك عشرة آلاف درهم (في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم) هذا لاجـــل التسهيل ، ولا تجـب الجزية بأول الحول ، وإنما الحول يتحقق ويتسهل عند أبي حنيفة ، وكذلك قال هو فى الزكاة (وعلى وسط الحال) وهو من يملك مـــائتي درهم إلى عشرة آلاف درهم (أربعة وعشرين درهماً) أي يضع على المتوسط الحال أربعة وعشرين درهماً (فى كل شهر درهمين) .

(وعلى الفقير المعتمل) أن يضع عليـــه (اثني عشر درهماً فى كل شهر درهماً) أي

وهذا عندنا. وقال الشافعي «رح» يضع على كل حالم دينار أوما يعدل الدينـــار

يأخذ فى كل شهر درهماً ، والفقير من لا يملك درهمين ، وإنما شرط المعتمل ، لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزيـــة وإن كان مفرطاً فى اليسار . والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفـــه . وقال الكاكى والمعتمل هو المكتسب والإعمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب . وقال أيضاً وإنما قيد بالاعتمال لانه لو كان مريضاً فى السنة كلهـــا أو مضطرباً أو أكثر لا يجب عليه . ولو ترك العمل مع القدرة عليه ، فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع يجب عليه الخراج ، ذكره فى الإيضاح ويجىء أيضاً إن شاء الله تعالى .

وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ذكر عن عيسى بن ابان إنه قال من كان له عشرة آلاف درهم فصاعداً فهو موسر . ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط . ومن كان معتملاً فهو كبير. وذكر عن بشر بن غياث أنه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر . ومن كان يقدر على مقدار القوت ولا يملك الفصل وله مقدار الكفاية فهـــو الوسط . ومن لم يكن له مقدار الكفاية فهو مكسب . وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر إلى عادة كل بلد ، لأن عاده البلدان مختلفة في الفناء . ألا ترى أن صاحب خمسين ألف ببلخ يعد من المكثرين. وإذا كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المتكثرين. وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المتكثرين فيعد كل بلد . وذكر هذا القول أبو نصر محمـــد بن سلام أيضاً . وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يأخذ ممن ركب البغال ، ويتختم بالذهب ثمانية وأربعين درهماً إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث في كتابه .

وقال الكاكي وقيل من لا بد له من الكسب لإصلاح معيشته فهو معسر ، ومن له مال يعمل به متوسط. ومن لا يعمل لكثرة مال فهو فائق في االغنى.وقيل من الإكفاف له فهو معسر . ومن ملك قوته وقوت عياله فهو متوسط . ومن ملك لما فضل عليـــه فهو عتق، وقيل هذا يختلف باختلاف الأماكن ، ويعتبر وجود هذه الصفـــة في آخر السنة (وهـــذا عندنا) أي هذا الوجه المذكور مفصلاً عند أصحابنا .

(وقال الشافعي) مبتدأ وخبره قوله (يضع على كل حالم دينار أو ما يعـــدل الدينار

الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينار أو عدله معافر من غير فضل. ولان الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى ينتظم

الغني والفقير في ذلك سواء) وهو اثني عشر درهماً ، وأقل الدينار أي عشر دراهم مسكوكة . من النقرة الخالصة . ولا يجب على الإمام أن يجبرهم على أكثر ما عليهم ، ويستحب أن يماكس حتى يأخذ من المتوسط دينارين ، ومن الغني أربعة دنانير ، ولا يصير الدراهم إلا بالنقرة والقيمة عند عامة أصحابه ، كذا في شرح الوجيز . وقال مالك يأخذ أربعين درهماً أو أربعة دنانير ، ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار لما روى الإمام، وهو قول الثوري . وفي رواية مثل قولنا، وفي رواية أقلها دينار ، وتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لمعاذ رضي الله عنه من كل حالم وحالمة ديناراً أو عدله معافر) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي في الزكاة عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبيعة ، ومن كل أربعين سنة ومن كل حالم دينار أو عدله معافر . وقال الترمذي حديث حسن .

وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي ﷺ مرسلا قال وهو الأصح . قوله من كل حالم يعني محتلم . قوله أو عدله العدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس . قوله معافر بفتح الميم والعين المهملة وبالفاء والراء المهملة إلى أخذ مثل دينار ثوباً من هذا الجنس والمعافر أي ثوب منسوب إلى معافرين من ثم صار إسماً للثوب بغير نسبة. ويقال معافر حي بني همدان ثبت إليه هذا النوع من الثياب (من غير فضل) يعني بين الغني والفقير .

(ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى) أي وجوب الجزية بدلاً عن القتل (ينتظم

الفقير والغني . ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ، ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض . وهذا لانه وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال ،

الفقير والغني) أي يشملهما (ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم)روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن مهير عن الشيباني عن ابن عون محمد بن عبد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع في الجزية على رؤوس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهماً . وعلى المتوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر درهماً وهو مرسل . ورواه ابن زنجويه[1] في كتاب الأموال حدثنا أبو نعيم حدثنامندي عن الشيبان عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر رضي الله عنه وضع ... إلى آخره انتهى . وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير ، فحل محل الإجماع . ثم بعد ذلك عمل عثمان ثم عمل علي رضي الله عنه (ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار) فصار إجماعاً .

(ولأنه) أي ولأن الجزية ذكرت على تأويل خراج الرأس (وجب نصرة للمقاتلة) أي نصرة وكفاية لغزاة المسلمين بمال يؤخذ من الذمي (فتجب على التفاوت) أي الجزية تجب على التفاوت لا المذكور عن قريب (بمنزلة خراج الأرض ، وهذا لأنه وجب بدلاً عن النصرة) أي بمنزلة وجوب التفاوت في الخراج .

والدليل على انها تجب نصرة وكفاية لهم ، لأنها تصرف اليهم ولا توضع موضع الزكاة ، وكان الواجب أن ينصروا المسلمين (ببذل النفس والمال) لأن من كان من أهل دار الإسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال ، ولكن لايصلحوا لنصرتهم لنقلهم إلى دار الحرب اعتقاداً قامت الجزية المأخوذة منهم المصروفة إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس، ثم النصرة من المسلم تتفاوت ، إذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسطاً بحال ينصرها راكباً وراجلاً . والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره لما كان الأصل متفاوتاً تفاوت الجزية التي قامت مقامه .

---

(١) في الأصل – ابن رنحود – والتصحيح من كتاب شرح فتح القدير ، اه مصححه.

وذلـــك يتفـاوت بكثرة الوفر وقلته ، فكذا ما هو بـدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحاً ، ولهـــذا أمره بالاخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية . قال وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس

فإن قيل النصرة طاعـة لله تعالى و هذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفاً عـــن الطاعة . أجيب بأن الخليفة في النصرة في حق المسلمين من زيادة القوة للمسلمين وهم يبانون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة ما لو غار داراً وأبهر المسلمين ، وهذا أيضاً لقول فيجب على التفاوت ، لأنه أي لأن الجزية بتأويل خراج الرأس ذكرنا الآن وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال .

(وذلك) أي المذكور عن النصرة بالنفس والمال (يتفاوت بكثرة الوفر) أي غير المال (وقلته ، فكذا ما هو بدله) أي فكذا يتفاوت ما كان خلفاً عن النصرة (وما رواه) الذي رواه الشافعي «رح» وهو قوله ﷺ لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة ديناراً (محمول على أنه كان ذلك صلحاً) أي محمول على مال وقع الصلح عليه ، ألا ترى أنه قال في رواية أخذ من كل حالم وحالمة ديناراً ، ولا تجب على النساء إلا مال الصلح . قلت الأحسن أن يقال هذا ليس بحجة ، لأن الصحيح أنه مرسل ، فكيف يحتج به (ولهذا) أي ولكونه كان محمولاً على مال الصلح (أمره) أي أمر معاذاً (بالأخذ من الحالمة . وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية) والمحفوظ أن لفظ حالمة مندرج في الحديث .

(قال وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) جمع مجوسي ، وهـو منسوب إلى المجوس . وقال الجوهري هي محلة ومذهب المجوسي انهم قائلون بالنور والظلمة يدعون إلى الخير من فعل النور ، والشر من فعل الظلمة ، ولهذا يعبدون النار ، لأنه من النور . أما وضع الجزية على أهل الكتاب فهو بلا خلاف . وأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام ، وخالفوهم في فروع دينهم . وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكية الفرنج والروم والأدنى وغيرهم ممن

لقوله تعالى ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾ ... الآية ٢٩ التوبة، ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس.
قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي «رح»

دان بالانجيل وانتسب إلى عيسى عليه السلام والعمل بشريعتهم فكلهم من أهل الكتاب .

واختلف أهل العلم في الصابئين عن أحد أنهم جنس من النصارى . وعن عمر هم ينسبون بهم من اليهود . وقال مجاهد بين اليهود والنصارى . وقال الذمي الزبيع هم أهل الكتاب ، وتوقف الشافعي فيهم ، ويروى عنهم أنهم يقولون الفلك حسي ناطق ، والكواكب السبعة آلهة . والصحيح أنهم إن كانوا يقرون نبي كتاب فهم من أهل الكتاب وإن كانوا من عبدة الكواكب فهم كعبدة الأوثان ، وقد مر في النكاح . وأما المجوس فلهم شبهة الكتاب ، فيجوز أخذ الجزية بالحديث منهم . ولا يجوز نكاح نسائهم ولا ذبائحهم وعليه أكثر أهل العلم . وعن أبي ثور أنهم من أهل الكتاب فتحل نساءهم وذبائحهم لما روي عن علي رضي الله عنه أنهم كانوا أهل كتاب فلما وقع ملكهم على بنته أو اخته رفع العلم عن صدورهم وما بقي كتابهم ،

(لقوله تعالى ﴿ من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطو الجزية ﴾ ... الآية ٢٩ التوبة) هذا صريح في جواز أخذ الجزية من أهل الكتاب سواء كانوا من العرب والعجم ، ولهذا ذكر أهل الكتاب مطلقاً (ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس) حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر ، انتهى . وهجر بفتحتين إسم بلد في البحرين .

(قال) أي القدوري في مختصره (وعبدة الاوثان من العجم) هو بالجر عطفاً على أهل الكتاب ، وقيد بقوله من العجم احترازاً عن عبدة الاوثان من العرب ، فإنهم لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي) فان عنده لا يؤخذ إلا من أهل الكتاب والمجوس ، وله في أهل الكتاب غير اليهود والنصارى مثل أصحاب صحف ابراهيم وشيث

هو يقول أن القتال واجب لقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم ﴾ إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب ، وفي حق المجوس بالخبر فبقي من ورائهم على الأصل . ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم ، إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم ، فإنه يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ، ونفقته في كسبه

وإدريس وزبور داود ومن تمثل بدين آدم . والسامرة والصابئين وجهان أحدهما تؤخذ منه . والثاني لا . والوثني إذا دخل في دين أهل الكتاب بعد المسيح لم يؤخذ منه الجزية وقال المزني يؤخذ . وقال مالك يؤخذ من جميع الكفار إلا مشركي قريش ، لانهم ارتدوا . وعندنا تؤخذ من جميع الكفار إلا من عبدة الاوثان ، وبه قال أحمد في رواية وعنه في رواية لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب ومن وافقهم في دينهم وآمن بكتابهم كالسامرة. وتؤخذ من المجوس أيضاً ولا تؤخذ من غيرهم من عبدة الأوثان .

(هو) أي الشافعي (يقول أن القتال واجب لقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم ﴾) لأنه أمر بالقتال وهو عام (إلا أنا عرفنا جواز تركه) أي ترك القتال (في حق أهل الكتاب بالكتاب) وهو قوله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ (وفي حق المجوس) أي وعرفنا ترك القتال في المجوس (بالخبر) وهو حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (فبقي من ورائهم) أي من وراء أهل الكتاب والمجوس (على الأصل) أي من النصوص العامة .

(ولنا أنه يجوز استرقاقهم) بالإجماع (فيجوز ضرب الجزية عليهم ، إذ كل واحد منهما) أي من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) معنى حتى يصير مشبهاً بالبهائم ، أما الاسترقاق فظاهر ، لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة ، وأما الجزية (فإنه) أي فإن الكافر (يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ونفقته في كسبه) فكأن أداء كسبه إلى المسلمين في معنى أخذ النفس منه حكماً ، وهو معنى قوله ونفقته في كسبه ، أي والحال أن نفقته في كسبه الذي هو سبب حياته ، وفيه معنى سلب النفس . ونوقض بأن من جاز

وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ، ولا المرتدين ، لأن كفرهما قد تغلظ . أما مشركوا العرب فلأن النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهم ، فالمعجزة في حقهم أظهر .

استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على المرأة والصبي واللازم باطل. وأجيب بأن ذلك بمعنى آخر ، وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي ، فكذا بدل ، وهذا ليس بدافع بل هو متقرر للنقض .

والصواب أن قول المحل شرط نافذالمؤثر ، فكان بمعنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلا ، والمرأة والصبي ليسا كذلك،لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه .

(وإن ظهر) على صيغة المجهول أي غلب (عليهم) أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) أي غنيمة للمسلمين (لجواز استرقاقهم) وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية (ولا توضع) أي الجزية (على عبدة الأوثان منالعرب ولاالمرتدين) سواء كانوا من العرب أو العجم (لأن كفرهما قد تغلظ) وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه إلا السيف أو الإسلام .

(أما مشركو العرب فلأن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهمفالمعجزة في حقهم أظهر) وكانوا أحق الناس بالتساعد والقيام بتصرفه والذبعنه .ولقائل أنيقول هذا منقوض بأهل الكتاب فانه يغلظ كفرهم ، لأنهم عرفوا النبي ﷺ معرفة تامة محضة ومع هذا مكروه وغيروا إسمه ولغته من الكتب . وقد قبل منهم الجزية . وأجيب بأن القياس كان يقتضي أن لا يقبل منهم الجزية ، إلا أنه نزل بالكتاب بقوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ ... الآية .

وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدى للإسلام ، ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام والسيف زيادة في العقوبة ، وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب . جوابه ما قلنا . وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم

(وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه) أى محاسن الإسلام (فلا يقبل من الفريقين) أي من فريق عبدة الأوثان من العرب ومن فريق المرتدين (إلا الإسلام والسيف زيادة في العقوبة) لزيادة دينهم (وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب) وبه قال مالك وأحمد ، إلا أن الاسترقاق إتلاف حكماً، فيجوز كاتلافه حقيقة بالقتل . (وجوابه) أي جواب الشافعي (ما قلنا) وهو قوله لأن كفرهم قد تغلظ .

(وأما إذا ظهر عليهم) أي إذا غلب على مشركي العرب والمرتدين(فنساؤهم وصبيانهم فيء) أي غنيمة المسلمين ، إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بدون ذراري عبدة الأوثان ونسائهم ، لأن الإجبار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت الإسلام في حقهم ، وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعاً لآبائهم فيجبرون عليه . والمرتدات قريبات عهد بالإسلام – فيجبرون عليه ، بخلاف ذراري العبدة ونسائهم .

(لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة) وحنيفة بطن من العرب ، وهو حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل ، وإنما سمي حنيفة لأنه لقي خذيمة ، أبي حي من عبد القيس فضرب خذيمة حنيفة فحذم يده فسمي هذا حنيفة ، وسمي ذاك خزيمة . وقيل المراد بني حنيفة وهو مسيلمة الكذاب لعبدانه (وصبيانهم)أي سبى أيضاً صبيانهم حتى وقع من قسم علي رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة وهو وحنيفة بطن من العرب ، وهو حنيفة بن لجيم من الحنفية ، قوله منها محمد بن الحنفية(لما ارتدوا) أي حتى ارتدت بنو حنيفة أو كان ذلك بعد وفاة النبي ﷺ (وقسمهم) أي

بين الغانمين ، ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا . ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو عن القتال ، وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية . قال ولا زمن ولا أعمى ، وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا ، وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال ، لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي .

قسم أبو بكر رضي الله عنه نساء بني حنيفة وصبيانهم (بين الغانمين) من الصحابة وغيرهم (ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا) إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة .

(ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها) أي لأن الجزية (وجبت بدلاً عن القتل) يعني في المأخوذ (أو عن القتال وهما) أي المرأة والصبي (لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية) فيهما ، فإذا كان كذلك لا يجب عليه البدل وهو الجزية (قال ولا زمن) أى ولا جزية أيضاً على زمن ومن الرجل بزمن زمانه وهو عدم بعض أعضائه ويعطل قواه (ولا أعمى) أي ولا أعمى (وكذا المفلوج) من فلج على صيغة المجهول إذا ذهب نصفه فهو مفلوج . وقال أهل الطب الفالج استرخاء عام لأحد شقي البدن طولاً (والشيخ الكبير) المعنى لا توضع عليه الجزية (لما بينا) وهو قوله لأنهما لا يقتلان ولا يقاتلان .

(وعن أبي يوسف أنه) اي أن الجزية ، ذكره بتأويل خراج الرأس (تجب إذا كان له) اي للشيخ الكبير رأي ، لأنه تقليل في الجملة ، يعني في صورة من الصور ، وهو معنى قوله إذا كان له رأي ، اي من امور الحرب . وقال الأترازي وعن ابي يوسف في رواية توضع عليهم ،اي الجزية إذا كانوا اغنياء ، لأن الغناء هو الأصل في المال لما سيجيء. قلت هذا مخالف لما في المتن ، لأن المعهود من كلام المصنف ان الرواية عن ابي يوسف وجوب الجزية على الشيخ الكبير فقط ، حيث إذا كان له (مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي) بإفراد الضمير ، وكذا ذكر بإفراد الضمير في قوله إذا كان له رأي ،بخلاف الأعمى والزمن والمفلوج . فلو كانت الرواية عن أبي يوسف في الوجوب على الكل ، يقال

ولا على فقير غير معتمل خلافاً للشافعي «رح» له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه. ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لهـا، فكذا هذا الخراج.

والحديث محمول على المعتمل.

إذا كان لهم مال بضمير الجماعه . وفي قول من الشافعي وتؤخذ الجزية من الأعمى والمفلوج والشيخ الكبير .

(ولا على فقير) أي ولا جزية على فقير إذا كان (غير معتمل) وهو الذي لا يقدر على العمل . والمعتمل الكاسب الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفته (خلافاً للشافعي) فإن عنده يجب عليه (له) أي للشافعي (إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه السلام خذ من كل حالم ديناراً وهو مطلق لا فصل فيه بين الفقير المعتمل وغيره.

(ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها) أي الجزية (على فقير غير معتمل) المراد من عثمان هذا عثمان بن حنيفة لا عثمان بن عفان ، وقد غفل عنه أكثر الشراح ، وقد مضى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى سواد العراق وظف الجزية على الفقير دون غير معتمل ذلك محل الإجماع، لأن أحداً من الصحابة لم ينكر عليهم ، أشار إليه المصنف بقوله (وذلك بمحضر من الصحابة) لأنهم كلهم علموا ذلك ولم يقع من أحد منهم إنكار ، فكأنهم حاضرين في ذلك الوقت . ذكر الغزالي في وجيزه قال أصحاب الشافعي الفقير العاجز عن الكسب يخرج من الدار على قول ، وتقرر على قول مجاناً ، وتقرر بجزية في ذمته على قول .

(ولأن خراج الأرض لا يوظف على ارض لا طاقة لها ، فكذا هذا الخراح) أي خراج الرأس وهو الجزية ، لأن الخراج نوعان ، خراج الأرض وخراج الرأس كما مر غير مرة ، فإذا اعتبرت الطاقة في خراج الأرض فكذا تعتبر في خراح الرأس .

(والحديث) أي الحديث الذي احتج بـه الشافعي (محمول على الفقير المعتمل) توفيقاً بين الحديثين .

ولا يوضـــع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد ، لأنه بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنـــا ، وعلى اعتبـار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ، ولا يؤدي عنهم مواليهم لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم . ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكر ها هنا . وذكر محمد « رح » عن أبي حنيفة « رح » أنـــه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل، وهو قول أبي يوسف «رح».

(ولا توضع) أي الجزية (على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنـــه) أي لأن الجزية باعتبار تأويل خراج الأرض (بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني) وهو النصرة بالمال في حقنا ولا مال لهم ، فعلى هذا (لا تجب) وعلى اعتبار الأول يجب ، لأن الأصل يتحقق في المماليك ، لأن المملوك الحربي يقتل ، فيجـوز تحقق البدل أيضاً ، فإذا كان الأمر دائر بين الشيئين (فلا تجب بالشك) لأن الأصل عدم الوجوب (ولا يؤدي عنهم مواليهم) لأنهم يتحملون الزيادة بسببهم أي صار مواليهم بسببهم من الاعتبار ، فوجبت عليهم زيادة في الوظيفة ، فلا يجب عليهم شيء آخر بسببهم . وقال في مختصر الاسرار وقولهم إن الجزية يجب الحد والولي يؤدي لها عنه باطل ، لأنـه لو كانوا كذلك لاختلف بكثرة العدد ، فلهم كصدقة الظفر .

(ولا توضع) أي الجزية (على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكر ها هنا) أي في القدوري ، وهو قول أبي يوسف ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في روايـــة . (وذكر محمد «رح» عن أبي حنيفة رحمه الله أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبي يوسف «رح») وقال الكرخي في مختصره قال عمر بن أبي عمر وسألت محمداً عن أصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج ، قال كان أبو حنيفة يقول يوضع عليهـــم إذا كانوا ممن يقومون على العمل . قلت لمحمد فما قولك قال العامر ما قاله أبو حنيفـة ، قال محمد ليس على السياحين ولا على الرهبان خراج ، وإن اعزل أحدهم ، إلا أنه يخالط الناس فعليه الخراج .

وجـــه الوضع عليهم أن القـدرة على العمل هو الذي ضيعهـا ، فصار كتعطيل الأرض الخراجية . ووجه الوضع عليهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقـــاط القتل ، ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفى بصحته في أكثر السنة . ومن أسلم وعليه جزية سقطت ، وكذلك إذا مات كافر خلافاً للشافعي فيهما . له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى ،

(وجه الوضع) أي وجـــه وضع الجزية عليهم ، أي على الرهبانيين الذين يخالطون الناس (أن القدرة على العمل) ثابتة ، أي موجودة ، وإنما (هو الذي ضيعها) أي ضيع القدرة (فصار حكمه كتعطيل الأرض الخراجية) مع التمكن من الانتفاع .

(ووجه الوضع عليهم) أي وجه وضع الجزية عليهم (أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقاط القتل) أراد أن الجزية بدل من إسقاط القتل في حقهم ، ولا قتل على الذين لا يخالطون الناس ، فلا تجب الجزية .

(ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً) ذكر هــذا تفريعاً لمسألة القدوري (ويكتفي بصحته في أكثر السنة)أو نصفها ، فلا جزية عليه ، وإن كان في أقلها عليه الجزية ، لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض ، فلا يجعل عذرا .

(ومن أسلم وعليه جزية) أي ومن أسلم ممن عليه جزية ، والحال أن عليه جزيــة لم يؤدها (سقطت عنه ، وكذلك إذا مات كافراً) حال كونه كافراً سقط عنه الجزيـــة (خلافاً للشافعي فيهما) أي فيمن أسلم وعليه جزية وفيمن مات كافراً (له)أي الشافعي (أنها) أي أن الجزية (وجبت بدلاً عن العصمة) أي عن حقن الدم (أو عن السكنى) في دار الإسلام ، وإنما تردد بينهما لأن العلماء اختلفو في أن الجزية وجبت بـدل الأمان . قال بعضهم بدلاً عن العصمة الثابتة بعقد الذمة ، وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال بعضهم بدلاً عن النصرة التي قامت بإحرازهم على الكفر وهو الأصح . وقال بعضهم بدلاً عن السكنى في دارنا ، وبه قال الشافعي «رح» . ولهذا قال في قول تؤخذ الجزيـة عن

وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم العمد. ولنـــا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ،

الأعمى والمعتوه والمقعد ، لأنهم يشاركون في السكنى ، وعندنا لا يجوز كما بينا .

(وقد وصل إليه المعوض) وهو العصمة والسكنى (فلا يسقط عنه العوض) وهــو الجزية (بهذا العارض) أي بالإسلام أو بالموت (كما في الأجرة) يعني إذا استوفى الذمي منافع دار المستأجر ، ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة ، لأن المعوض وصل إليــه ، وهو منافع الدار فلا يسقط العوض وهو الأجرة (والصلح عــن دم العمد) يعني إذا قتل الذمي رجلا عمداً ثم صالح عن دم العمد على بدل معلوم ، ثم أسلم أو مات لا تسقــط عنه الأجرة ، لأن العوض وهو نفسه مسلم له فلا يسقط البدل .

فإن قيل لا نسلم أن الجزية بدل عن النصرة ، ألا ترى أن الإمام لو استعان بأهـــل الذمة منه فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة ، فلو كانت بدلاً لسقطت . أجيب بإنها لم تسقط لأنه يلزم حينئذ تغير الشرع ، وليس للإمام ذلك .وهذا لأن الشرع جعـــل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النصرة .

فإن قيل الجزية حق مـــال وجب على الكافر على كفره فوجب أن لا يسقط بالإسلام لخراج الأرض . أجيب بأن خراج الرأس وقيد الصغار بالنص ، ولهذا لا يوضع على المسلم أصلا ، بخلاف خراج الأرض فإنها على الصغار ، ولهذا لا يوجد في أرض خراجيـــة المسلم ، فافترقا .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (وليس على مسلم جزية) هــــذا الحديث رواه أبو داود في الخراج ، والترمذي في الزكاة عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ ليس على مسلم جزية . قال أبو داود سئل أبو يوسف من الثوري رحمه الله عن هذا فقال يعني إذا أسلم فلا جزية عليــه . فقال الترمذي وقد روي عن موسى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلا ، ورواه في مسنـــده والدارقطني في سننه وسكت عنه . وقد روي باللفظ الذي فسره به سفيان. قال الطبراني

ولأنهـا وجبت عقوبة على الكفر ، ولهـذا تسمى جزية ، وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت . ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام ، ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً ،

في معجمه الأوسط بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ من أسلم فلا جزية عليه .

(ولأنها) أي ولأن الجزية (وجبت عقوبة على الكفر ، ولهـذا) إيضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر (تسمى جزية وهي) أي الجزية (والجزاء واحد) يعني إذا سميت جزاء من الجزاء ، لأنها عقوبة تقع جزاء على الإصرار على الكفر (وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت) أي ولا تقام الجزية بعد الموت ، يعني لا يوجد بعد الموت من عليه الجزية وإن خلف شيئاً ، لأن الموت كالقتل ، لانها خلف عن القتل، ولهذا سميت جزية وهو عقوبة . ولهذا يستوفى بطريق الذلة والصغار ويستحق بالجناية ، ولا جناية أعظم من الكفر ، وعقوبة الكفر في الدنيا لا تكون إلا بدفع الشر ، وقـد صار مدفوعاً بالموت والإسلام ، فيسقط ، وهذا معنى قوله (ولأن شرع العقوبة في الدنيـا لا يكون إلا لدفع الشر وقـد اندفع) أي الشر (بالموت والإسلام) أي بموت من عليه الجزية أو بالإسلام أيضاً . وأما شرع العقوبة في الآخرة بالعذاب أتم لهم .

(ولأنها) أي ولأن الجزية (وجبت بـدلاً عن النصرة في حقنا) أراد أن وجوب الجزية شرع للنصرة وكفاية للغزاة (وقد قدر عليها) أي على النصرة (بنفسه بعـد الإسلام) فسقطت ، لقدرته على الأصل (والعصمة تثبت) هذا جواب عن قول الشافعي أنها وجبت بدلاً عن العصمة بيان أن العصمة ثابتة (بكونه آدمياً) يعني من حيث أنه آدمي خلق معصوماً محقون الدم لكونه مكلفاً ، فلا ينافى له العام بامور التكليف إلا

والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى ، وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت . وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف

بكونه معصوماً ، وإنما يطلب عصمته بعارض الكفر، ثم لما أسلم عادت العصمة، فصارت العصمة به لا بقبول الجزية .

ولقائل أن يقول انها ثابتة بالآدمية ، ولكنها سقطت بالكفر فالجزية بعدها على ما كانت فكانت بدلاً. والجواب أنها لو كانت بدلاً عن العصمة، فأما أن تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما مستقبل ، لا سبيل إلى الأول لوقوع الفتنة عنه ولا إلى الثاني لأن الإسلام يغنى عنه .

(والذمى يسكن في ملك نفسه) هذا جواب عن قوله أو عن السكنى ، بيانه أن الذمى إنما سكن في ملكه إما بالشراء أو بغيره من أسباب الملك (ولا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى) يعنى لا فائدة في إيجاب البدل ، لكنه في موضع مملوك له، فلو كانت الجزية أخذ وجوبها بالاجماع لا محالة ، ويشترط فيها التأقيت، لأن الابهام سلطها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على أن السكنى لم تكن بطريق الاجارة .

(وإذا اجتمع عليه) أي على الذمي (الحولان) أي جزيتا الحولين فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه . وفي بعض النسخ وإن اجتمعت عليه الحولان بناء هذا الفعل باعتبار تقديره جزيتا الحولين كما ذكرنا . وقال الأترازي ويجوز أن يراد بالحولين الجزيتان مجازاً إطلاقاً لاسم المحل على الحال . أو أنث الفعل على تأويل السنة، لأن الحول في معناها (تداخلت) أي الجزية ، وهذا لفظ القدوري آتية في شرح الأقطع ،

(وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنه وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) أي لا يؤخذ ما مضى (وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقال أبو يوسف

ومحمد « رح » يؤخذ منه ، وهو قول الشافعي « رح » . وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً ، وكذلك إن مات في بعض السنة . أما مسألة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف ، وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضاً ، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين ،

ومحمد «رح» يؤخذ منه) يعني مما مضى (وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد . وقال مالك يؤخذ منه إلا إذا كان فقيراً لم يؤخذ منه بعشرة إذ الفقير لا جزية عليه عنده .

(وإن مات عند تمام السنة) أي عند تمام السنة الأولى (لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً) أي في قول أصحابنا المذكورين والشافعي (وكذلك) أي لا تؤخذ (إن مات في بعض السنة) لأنه إن مات قبل الوجوب فلا شبهة فيه ، وإن مات بعد الوجوب فقط سقط بالموت عندنا خلافا للشافعي .

(وأما مسألة الموت فقد ذكرناها) أشار به إلى قوله ولان شرع العقوبة في الدنيا لا تكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام (وقيل خراج الارض على هذا الخلاف) يعني يتداخلا إذا اجتمع الحولان عند أبي حنيفة خلافاً لهما (وقيل لا تداخل فيه) أي في الخراج (بالاتفاق) ووجه الفرق بينهما أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير الثقات إلى معنى العقوبة ، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضاً خراجية يجب عليه الخراج، فجاز أن لا يداخل ، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء نصاً ولهذا لم يشرع في حق المسلم أصلا ، والعقوبات تتداخل .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (في الخلافيه)أي فيما إذااجتمع عليه حولان (ان الخراج وجب عوضاً) أي عن سائر الأعراس حقن الدمأو عن السكنى(والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاءها تستوفى) كما في سائر الأعواض (وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين) أي بعد تتابعها ، لأن الفرض انه حي وانتفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنعه

بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه . ولأبي حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ، ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات ، بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائماً ، والقابض منه قاعد . وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول أعطي الجزية يا ذمي ، وقيل عدو الله فيثبت أنه عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود . ولأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا

الاسلام (بخلاف ما إذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه) لان المؤمن يؤمن لايمانه ،فيعذر انتفاؤه من الوجه الذي وجب .

(ولابي حنيفة لانها) أي أن الجزية (وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه) أراد بقوله ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة (ولهذا) أي ولكونها وجبت عقوبة (لا تقبل منه) أي من الذمي (لو بعث) أي جزيته (على يد نائبه في أصح الروايات) وهنا ثلاث روايات ، بين المصنف منها روايتين وهي قوله ولا يقبل ، وقوله (بل يكلف) إلى آخره من تتمة هذه الرواية . وقوله مكلف أي الذي إلى (أن يأتي بها) أي بما وجبت عليه من الجزية (بنفسه) أي يأتي بنفسه (فيعطي)حال كونه (قائماً والقابض منه قاعد).

(وفي رواية يأخذ) هذه الرواية الثانية وهي أن يأخذ ، أي القابض (بتلبيبه) والتلبيبة أخذموضع القلب من الثياب ، واللبيب موضع القدرة من العذرة (ويهزه) أي يهز القابض الذمي (هزاً ويقول أعطي الجزية يا ذمي . وقيل عدو الله) وفي شرح الطحاوي تؤخذ منه الجزية بطريق الاستحقار له حتى يضع حالة الاخذ، وإذا كان الامر كذلك (فيثبت أنه) أى أن الذي يؤخذ منه وهو الجزية (عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت) إذا كانت من جنس واحد تداخلت (كالحدود).

(ولانها) أى ولان الجزية (وجبت بدلاً عن القتل في حقهم ،وعن النصرة في حقنا)

كما ذكرنا ، لكن في المستقبل لا في الماضي ، لأن القتل إنما يستوفى في الحراب قائم في الحال لا الحراب ماض ، وكذا النصرة في المستقبل ، لأن الماضي وقعت الغيبة عنه . ثم قول محمد « رح » في الجزية . وفي الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً ، وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي لينتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجري على حقيقته ،

أى بدلاً عن النصرة في حقنا ، وبدلاً عن النصرة في حق المسلمين (كما ذكرنا) عند قوله فيما تقدم عن قريب ، ولانها وجبت عن النصرة في حقنا .

(لكن في المستقبل) هذا إذاً استدراك من قوله لانها وجبت بدلاً عن القتل ، يعني كونها بدلاً عن القتل إنما يظهر في المستقبل (لا في الماضي ، لان القتل إنما يستوفى في الحراب قائم في الحال لا الحراب ماض) لان الماضي فات (وكذا النصرة) أى وكذا كون النصرة في حقنا (في المستقبل ، لان الماضي وقعت الغيبة عنه) لعدم فائدتها في الماضي الغائب .

(ثم قول محمد في الجزية) أشار به إلى بيان قول محمد الذى نقله (وفي الجامع الصغير) عن محمد «رح» وأبي حنيفة في الجزية بقوله (وجاءت سنة أخرى حمله) أى حمل المجيء (بعض المشايخ على المضي) يعني معناه مضت حتى لتحقق اجتماع الحولين ، لانها عند الحول تجب ، وهذا ضرب من المجاز ، أشار إليه بقوله (مجازاً) لان مجيء كل شهر بمجيء أوله . ويجوز المجاز أن يجيء الشهر مستلزم مضي الآخر لا محالة . وذكر اللزوم وإرادة اللازم مجازاً .

(وقال) بعض المشايخ (الوجوب) أى وجوب الجزية (بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع) أى اجتماع الحولين (فيتداخل) حينئذ الحولان (وعند البعض) أى بعض المشايخ(هو) أى المجيء (مجرى على حقيقته) أى على حقيقة المجيء ، وهو

والوجوب عند أبي حنيفة « رح » بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول ، وعند الشافعي « رح » في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه ، فتعذر إيجابه بعد مضي الحول ، فأوجبناها في أوله .

دخول السنة (والوجوب) أي وجوب الجزية (عند أبي حنيفة بأول الحول ، فيتحقق الإجتماع بمجرد المجيء) تحقيقاً عند أبي حنيفة ، ولذاك قال هو في الزكاة إنما يجب في أول الحول .

(والأصح أن الوجوب) أي نفس الوجوب (عندنا في مبتدأ الحول ، وعند الشافعي في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه) أي عن القتل إذالقتال(لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه) اشار به إلى قوله لأن القتل إنما استوفى الجواب قائم في الحال لا لجواب ماض له ، قاله الأترازي . وقال الكاكي قوله على ما قررناه وهو الجزية بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا ، وهذا إنما يتحقق في المستقبل لا في الماضي ، فكذلك وجب أن يكون الحكم في الدنيا كذلك أيضاً وهو أن لا يجب بنصرة ماضية ، ويجب بنصرة مستقبلة ، فينبغي أن يجب في أول الحول لتحقق سببه ، وهو وجوب النصرة عليهم بالمال ، بخلاف الزكاة ، لأنها تجب في المال النامي الحائل للتمكن من الاشتمال اشتمال الحول على الفصول الأربعة ، فيعذر إتمامه بعد مضي الحول ، يعني إنما وجب لما لم يتحقق إلا في المستقبل بعذر إيجابه بعد مضي الحول ، يعني (فتعذر إيجابه) ما وجب (بعد مضي الحول ، فأوجبناها في أوله) أي في أول الحول ، لأنه أول أوقات إمكان الوجوب .



فصـــل

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام، لقوله عليـــه السلام لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة .

(فصل)

هذا فصل في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا بما يتعلق بالسكنى وغير ذلك من أحوالهم .

(ولا يجوز إحداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة في دار الإسلام) يقال كنيسة اليهود والنصارى لتعديتهم ، وكذلك البيعة كان مطلقـــاً في الأصل ، ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود ، والبيعة لمعبـــد النصاري (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة) هذا الحديث رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة وضعفه . ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام بلفظ المصنف «رح» .

وروى ابن عدي في الكامل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يبنى كنيسة في الإسلام ، ولا يبنى ما خرب منها ، وفي إسناده سعيد بن سنان واعلم به ، وقال عامة ما يرويه عمر محفوظ ، وعن أحمد وابن معين ضعيف . وقال ابن القطان وفيه من الضعفاء غير سعيد بن سنان وهو محمد بن جامع أبو عبد الله العطار . قال أبو زرعة ليس بصدوق ، وفيه أيضاً سعيـــد بن عبد الجبار ضعيف بل متروك وحكى البخاري أن جرير بن عبد الحميد كان يكذبه .

قوله لا خصاء بكسر الخاء مصدر خصاه ، أي نزع خصيتيه ، والإخصاء في معنـــاه خطأ ، ذكره في المغرب، والوجه في الجمع بين الخصاء والكنيسة أن الخصاء نوع ضعف في الانسان في الخصاء، وكذا الكنيسة في دار الإسلام تورث الضعف في الإسلام أو في الخصاء يعتبر عما عليه أصل الخلقة ، وكذا في بناء الكنيسة يعتبرها عليه بها دار الإسلام . قلت الأوجه أن يقال سئل النبي ﷺ عن الخصاء ، واتفـــق أن سائلا آخر سأل عن الكنيسة فأجابهما بقوله لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة ، وهذا من الفيض الإلهي فلله الحمد . وقيل

والمراد إحداثها وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها ، لان الابنية لا تبقى دائمة . ولما أقرهم الإمام فقد عهـــد

المراد في قوله تعالى ﴿ فليغيرن خلق الله ﴾ ١١٩ النساء ، الخصاء . وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء .

(والمراد إحداثها) أي المراد من قوله عليه السلام ولا كنيسة ، أي إحداث الكنيسة . وقيل أمصار المسلمين ثلاثة ، أحدهما : ما مصره المسلمين منها كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط . فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلواتهم ولا صومعة بإجماع أهل العلم ، ولا يملكون فيه شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس .

وثانيها : ما فتحه المسلمون عنوة ، فلا يجوز إحداث شيء فيها بالاجماع، وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه ، فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في روايـــة يجب هدمه ، وعندنا يأمرهم الامام أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ، ولكن لا تهدم . وهذا إذا صالحهم بعد الفتح أن يجعلهم ذمة ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، لأن الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيراً من البلاد عنوة ولم يهدموا كنائسهم. و كتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إلى عماله لا تهدموا بيعة ولا كنيسة ، وقالها مـا فتح صلحاً فإن صالحهم على أن الأرض و كذا الخراج لنا فجاز إحداثهم ، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم بالكنائس على ما وقع عليه الصلح على شرط تمكين الاحداث لأئمتهم، والأولى أن يصالحهم على شرط ما وقع صلح عمر رضي الله عنه من عدم إحداث البيعة والكنيسة ، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ جوزية الخنزير. ولو وقع الصلح مطلقـــاً لا يجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة ، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخـاذ الخنزير بالاجماع . وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون .

(وإن انهدمت البيعة والكنيسة القديمة أعادوها) المراد من القديمة مـا كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحهم على إقرارهم على بلدهم وأراضيهم ، ولا يشترط أن يكون في زمن الصحابة والتابعين لا محالة (لان الابنية لا تبقى دائمة لما أقرهم الامام فقد عهـد

إليهم الإعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها، لأنه إحداث في الحقيقة ، والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة ، بخلاف موضع الصلاة في البيت ، لأنه تبع للسكنى ، وهذا في الأمصار دون القرى ، لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر ، فلا تعارض بإظهار ما يخالفها . وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضاً ، لأن فيها بعض الشعائر ، والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة ، لأن أكثر أهلها أهـــل الذمة

إليهم الاعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها ، لانه) أي لان النقل (إحداث في الحقيقة) وقال محمد رحمه الله في نوادر هشام إن انهدمت كنيسة من كنائسهم أو بيعــة أو بيت نار فلهم أن يبنوها كما كانت ، وليس لهم أن يحولوها من موضع إلى موضع آخــــر في المصر. فقوله أن يبنوه كما كانت ، يريد به قد مر بناء الاول ، أما الزيادة على البناء الاول فممنوع ، لانه إحداث بيعة في المصر .

(والصومعة) قال الجوهري فوعلة ، يعني وزنها يدل على أن الواو فيه زائدة ، وهو بيت يبنى بأساس طويل ليعبد فيها بالانقطاع عن الناس ، وهو معنى قوله (للتخلي فيهـــا بمنزلة البيعة) إنما قال بمنزلة البيعة ، يعني لا يجوز إحداثها مثلها لا يجوز إحداث البيعة.

(بخلاف موضع الصلاة في البيت) حتى لا يمنع ، يعني إذا عـــين موضعاً من البيت للصلاة فيه لا يمنع منه (لانه تبـع للسكنى) أي لانه تابع لمسكنه ، فتكون من جملة مسكنه (وهذا في الامصار) أي عدم جواز إحداث البيعة والكنيسة في الامصار (دون القرى ، لان الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر) أي شعائر الاسلام (فلا تعارض بإظهار ما يخالفها) أي خالف الشعائر .

(وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك) أي من إحداث البيعة والكنيسة (في القرى أيضاً ، لأن فيها بعض الشعائر) مثل الأذان والإقامة والصلاة بالجماعة (والمروي عـــن صاحب المذهب) وهو الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه ، أي الذى روي عن أبي حنيفة من عدم المنع من إحداث الكنيسة والبيعة (في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها كانوا أهل الذمة)

وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب .

لم تكن قرارها موضع فتقييد الأحكام لتعليمهم ، فلم يرد المنع من الاحداث . وقال في الفتاوى الصغرى إذا أرادوا إحداث البيع والكنائس في الأمصار يمنعون بالإجماع أما في السواد وذكر في العشر والخراج أنهم يمنعون . وفي الإجارات أنهم لا يمنعون .

واختلف المشايخ فيه،قال مشايخ بلخ يمنع،وقال الفضلي ومشايخ بخارى لا يمنع،وذكر شمس الأئمة السرخي الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد ، وهل تهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها أم لا، أما في الامصار ذكر في الاجازات لا تهدم البيع القديمة ، بل يترك . وذكر في العشر والخراج أنها تهدم .

(وفي أرض العرب يمنعون من ذلك) من احداث البيع والكنائس (في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لا يجتمع دينان في جزيرة العرب) هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه في سنده أخبرنا النصر بن سميك حدثنا صالح بن أبي الاحصر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في مرضه الذي توفى فيه لا يجتمع دينان في جزيره العرب،انتهى . انها سميت الجزيرة، لأن بحر فارس بحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها،وقيل لانجزارها عن موضعها، والجزر القطع لانها جزرة عنها المياه التي حواليها لبحور البصرة وعمان وعدن والفرات. وقال الزهري سميت جزيرة لانها بحر فارس وبحر السواد أحاط بجانبيها ، يعني البحر وأحاطت بالجانب الشمالي دجلة والفرات ، وأسند أبو داود عن سعيد بن عبد العزيز قال جزيرة العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن إلى نحو العراق إلى النجف .

وقال المنذري في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها ، وروى عنه أنها الحجاز واليمن ، ولما لم يبلغه ملك فارس والروم ، وحكى البخاري عن المغيرة أنها مكة والمدينة . وقال الاصمعي هي من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول . وأما العرض فمن جدة وما والاها من تماجيل البحر إلى أطراف الشام . قال أبو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر أبي موسى إلى أقصى اليمن في الطول . وأما العرض فما بين مرسل

قال ويؤخذ أهـــل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح، وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف، وإنمـــا يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين.

سيرين إلى مقطـــع السماء. وفي شرح ديوان الفرزدق حفر أبي موسى عـــلى خمس مراحـــل من البصرة. وقال أبو عبيد أمر رسول الله ﷺ بإخراج اليهود والنصارى من هذا كله.

(قال ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم) بكسر الزاي وتشديد الياء الذي الهيئة واصلة زوى قلبت الواو ياء، وأدغمت الياء في الياء (ومراكبهم) جمـــع مركوب (وسروجهم) جمع سرج (وقلانسهم) جمع قلنسوة. وقال الكرخي يكون قلانس الرجال سواء طوالا مضربته (ولا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح. وفي الجامع الصغير) إنما ذكر لفظ الجامع الصغير ليعلم أنه تفسير لما ذكره القدوري، لان المذكور فيما قبله لفظ القدوري (ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات) جمع كستج، وفسره الكرخي ما يحيط العقدة على وسطه. وعن أبي يوسف كستج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ماسرين به من الزنار المتخذة من الابريسم. قال فخر الاسلام في تفسير الكستيجات هي إعلام الكفر، وهي فارسية معربـــة، وحقيقة الزجر والذل بلغة العجم.

(والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف) بضم الهمزة والكاف جمع أكاف بالكسر وتفسيره ما قال الكرخي في مختصره وهي أن يكون على قربوص السرج مثل الرمانـــة (وإنما يؤخذون بذلك) أي بما ذكر من الاشياء (إظهاراً للصغار عليهم وصيانـــة لضعفة المسلمين) يعني في الدين لا في البدين حتى لا يميلوا إليهم بأن رأوهم أصحاب النعمـــة والخفض والدعة. ويقولون أن المؤمنين في مشقة ومحنة وأهل الذمة في راحة ونعمـــة،

ولأن المسلم يكرم والذمي يهان ، ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق ، فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز . والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار ، ومن الابر يسم فإنه جفاء في حق أهـــل الإسلام ويجب أن تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات و الحمامات ، ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة.

فلذلك وجب تمييزهم بلا إعلام ، وآثار يدل على الذل ولا يتركون يتحملون ، ولهذا كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يأمر عماله أن يأخذا أهل الذمة .

(ولأن المسلم يكرم) لأجل إسلامه (والذمي يهان) لأجل كفره(ولا يبتدأبالسلام) أي الذمي بالسلام (ويضيق عليه الطريق) يعني يلحق إلى ضيق الطريق (فـلو لم تكن علامة مميزة) على صيغة إسم الفاعل من التمييز (فلعله) أى فلعل الذمي (يعامل) على صيغة المجهول (معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز ، والعلامة يجب أن تكون خيطـــاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفـاء) أى فإن الزنار جفاء ، أى خوف وترك الخمس المعشرة (في حق أهل الإسلام) والإبريسم معـــرب ، والعرب يخلط فيها ليس من كلامها . وقال هـو بكسر الهمزة والراء وفتح السين . وقال التمرتاشي ينبغي في كل بلد من العلامة ما يعارضه أهله،لأن المقصود يعلم بهذا أن الامصار على هذه علامة مخصوصة لازم .

(ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات) كالجلاجل وغير ذلك . و كذا قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير . وقال أيضاً وكـذا من تكون يرده من نسائهم تؤمر باتخاذ علامة فرق الحلات لتميز بذلك من المسلمات . وإذا كانت ممن لا يخرج لا يحتاج إلى العلامة (وتجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة) لأن فيه إهانة المسلم في نفس الأمر ، حيث يدعو العدو الله تعالى ووقوف المسلم على باب أهل الكفر ذل ، وإهانة المسلم فضلا أن يدعو له .

قالوا الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة ، وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين ، فإن لزمه ضرورة اتخذوا سرجاً بالصفة التي تقدمت ، ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف. ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي عليه السلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده ، لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها ، والإلتزام باق . وقال الشافعي « رح » سب النبي عليه السلام يكون نقضاً ، لأنه لو كان مسلماً ينقض أمانه ،

(قالوا) أي مشايخنا الآخران (الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة) كالخروج إلى الرهبان وذهاب المريض إلى موضع محتاج إليه ، وكذا إذا استعان بهم الإمام في الحرب .

(وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين، فإن لزمتهم الضرورة اتخذوا سرجاً بالصفة التي تقدمت) وهي كهيئة الألف ، إذ السرج للقرابة، ولهذا يكره للنساء الركوب على السرج ، لأنهن ليسوا من أهل الجهاد (ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف) هكذا أمر عمر رضي الله عنه .

(ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي عليه السلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده) وقال أصحاب الشافعي ينقض العهد بجميع ذلك ، كذا ذكر في شرح الأقطع (لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق) يعني التزام الجزية باق ، فيكون على عهده، ولقد طول الأترازي هنا في كلامه والكثرة مايعجبني... افتى بقتله لسبه النبي ﷺ وكون سبه لله تعالى .

والوجه مع أصحاب الشافعي (وقال الشافعي «رح» سب النبي عليه السلام يكون نقضاً) أي العهد (لأنه لو كان مسلماً ينقض أمانه) يعني على تقدير أنه لو كان مسلماً وكان سب

فكذا ينقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي عليه السلام كفر منـــه ، والكفر المقارن لا يمنعه فالطارىء لا يرفعه . قال ولا ينقض العهــد إلا وأن يلتحق بدار الحرب أو يغلبون على موضع فيحاربوننا ، لأنهم صاروا حرباً علينا ، فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب . وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد ، معناه في الحكم بموته باللحاق ، لأنـــه التحق بالأموات ،

النبي ﷺ كان ينقض أمانه ، كذا فسره الشراح رحمهم الله (فكذا ينقض أمانــه) أي أمانه الذي كان له بعقد الذمة (إذ عقد الذمة خلف عنه) عن الأمان. وقال الشافعي إذا امتنع من بدل الجزية وقبول أحكام الاسلام ينتقض عهده ولا ينتقض بزنا مسلمـــة وإن غصبها بنكاح هي أو يفتن مسلماً عن دينه أو بقطع الطريق أو يؤدي إلى الكفار عيناً أو يدل على عورات الاسلام ، وبه قال مالك وأحمد . وقال مالك ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا وفي سب النبي ﷺ ، أو ذكر الله تعالى بما لا ينبغي وللشافعي قولان ، أحدهما ينتقض ، والثاني لا ، وفي شرح الوجيز امتناع الجزية مع القدرة انتقاض في عهده وأما لعجز لا . أي عن الامان .

(ولنا أن سب النبي ﷺ كفر منه) أي من الذمي (والكفر المقارن) أي المعتزل به (لا يمنعه) أي لا يمنع الأمان (فالطارىء) أي الكفر الطارىء بعارض (لا يرفعه) أي الأمـــان .

(قال ولا ينقض العهد إلا وان يلتحق بدار الحرب أو يغلبون) أي أهل الذمة (على موضع ، فيحاربوننا لأنهم صاروا حرباً علينا ، فيعرى عقد الذمة عن الفائدة ، وهو دفع شر الحراب وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد) وبينه المصنف بقوله (معنـاه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات) بمعنى إذا تاب ورجع لا يقتل ، وإن لحـــق بدار الحرب ما يعمل في تركته المرتد . فإن خلف امرأة ذمية في دار الاسلام بانت منه

وكذا في حكم ما حمله من ماله إلا أنه لو أسر لا يسترق، بخلاف المرتد.

فصـــل

لتباين الدارين . وإذا لحقت معه بدارهم ثم عاد إلى دارنا فيهما على حقها ، إلا أن الذمي اللاحق بدارهم إذا غلب عليها يسترق ، والمرتد ما دامت في دارنا لا يسترق ، فإذا لحقت بدار الحرب ثم ثبت استرقت ، ويجوز مع ذلك على الاسلام .

(وكذا في حكم ما حمله من ماله) يعني ان الذمي الناقض للعهد إذا حمل ماله إلى دار الحرب تكون فيئاً للمسلمين إذا ظهروا عليها بكمال المرتد إذا حمله إلى دار الحرب (إلا) استثنى من قوله فهو بمنزلة المرتد ، أي إلا أن الذمي لو أسر يسترق بخلاف المرتد (أنه لو أسر لا يسترق) بل يقتل إن أصر على استرداده ، وكذا يجوز وضع الجزية على ذمي نقض العهد ، ولحق بدار الحرب (بخلاف المرتد) .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان أحكام نصارى بني تغلب ، وذكر هنا في فصل هذا على حدة لأن حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى وبنو تغلب بفتح التـاء المثناه من فوق وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وائل بن قاسط بن رهيب بن أوضى بن يحيى بن حذيفة بن أسد ابن ربيعة بن سادر سلموا أي الجاهلية إلى النصرانية فدعاهم عمر رضي الله عنه إلى بدل الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب ، خـذ منا كما يأخـذ بعضكم من بعض الصدقات ، فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد ذويهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عدوك عليك بهم ، وخذ منهم الجزية بإسم الصدقة ، فبعث عمر رضي الله عنـــه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ، وقال به الفقهاء .

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة ، لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة « رض » ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم ، لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ، فكذا المضاعف . وقال زفر « رح » لا يؤخذ من نسائهم أيضاً ، وهو قول الشافعي « رح » ، لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية قسموها ما شئتم ، ولهذا

(ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ، لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة «رض») تقدم هذا في كتاب الزكاة في آخر باب زكاة الخيل (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم)هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية .وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يؤخذ من نساء بني تغلب شيء . قال الفقيه وذكر عن أبي الحسن الكرخي أنه قال هذه الرواية أقيس ، لأنه لا يؤخذ من نساء أهل الذمة جزية فكذلك لا تؤخذ من نسائهم – تغلب – مضاعفة الصدقة .

(لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ، فكذا المضاعف) لا تجب عليهم (وقال زفر رحمه الله لا تؤخذ من نسائهم أيضاً) وفي بعض النسخ من سواهم (وهو قول الشافعي) أي قول زفر وهو قول الشافعي (لانه) أي لان الذمي يؤخذ منهم (جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية قسموها ما شئتم) أي هذه الصدقة المضاعفة جزية قسموها حسبما شئتم أنتم ، وهذا أيضاً تقدم في باب زكاة الخيل في كتاب الزكاة ، وأما صبيانهم فلا يؤخذ منهم شيء ، وكذا مجانينهم ، وعند أحمد يجب عليهما كالزكاة (ولهذا) أي لكونها جزية في الحقيقة

تصرف مصارف الجزية ولاجزية على النسوان . ولنا أنه مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها ، والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال ، وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج ، أي الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي . وقال زفر « رح » يضاعف لقوله عليه السلام أن مولى القوم منهم ،

(تصرف مصارف الجزية ، ولا جزية على النسوان) فلا يؤخذ شيء من نساء بنى تغلب أيضاً .

(ولنا أنه) اي أن المأخوذ منهم (مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها) أي مثلما وجب ببدل الصلح فتجب عليها (والمصرف مصالح المسلمين) هذا جواب من قوله تصرف مصارف الجزية تقريره أن يقال لا نسلم أن كونه مصرف الجزية يدل على أنه جزية ، لأن مصرفه مصالح المسلمين (لأنه مال بيت المال وذلك) أي مصرف مصالح المسلمين (لا يختص بالجزية) وحدها ، بل يوضع فيه خراج الأرضين والجزية ، وأما أهله أهل الحرب وغيرها .

(ألا ترى أنه لا يراعى فيه) أي في المأخوذ منها (شرائطها) أي شرائط الجزية بوصف الصغار وغيره من عدم القبول من الثابت والإعطاء قائماً والقابض قاعداً وأخذ التلبيب والهز (ويوضع على مولى التغلبي الخراج) هذا من مسائل الجامع ، وفسره المصنف بقوله (أي الجزية) لأنها خراج الرأس ومولى التغلبي معتقه (وخراج الأرض) أي يوضع عليها خراج الأرض (بمنزلة مولى القرشي) لا يؤخذ الجزية والخراج من القرشي ، ويؤخذ من مولاه ، فلذلك ها هنا .

(وقال زفر «رح» يضاعف) أي يضاعف على مولى التغلبي (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (أن مولى القوم منهم) هذا الحديث تقدم في باب من يجوز دفع الصدقه إليه ومن لا يجوز . وجه استدلاله به ظاهر ، لأن مولاه عليه التضعيف فعليه كذلك ، لأنه

ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة . ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً ، بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ، ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة ، لأن الغني من أهلها ، وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً ، لأنه صين

منه وهو المروي عن عامر التغلبي أيضاً (ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة) لأنه منه بظاهر الحديث ، فكذلك مولى التغلبي .

(ولنا أن هذا) أي أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعني أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أي في التخفيف (ولهذا) أي ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً) ولم يلحق لمولاه في ترك الجزية ، وإن كان الإسلام على أسباب التخفيف بالتخلص عن التدين بالإمام ، وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي . وتقرير الجواب أن حرمة الصدقة (بخلاف حرمة الصدقة ، لأن الحرمات تثبت بالشبهات) لأنها في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة (فألحق المولى بالهاشمي في حقه) أي في حق ما هو لمولاه ، وهو حرمة الصدقة (ولا يلزم مولى الغنى) جواب عما يقال مال مولى الغنى لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة ، وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات . فأجاب بقوله ولا يلزم المولى الغنى علينا (حيث لا تحرم عليه) أي على الغني (الصدقة ، لأن الغنى من أهلها) أي من الصدقة في الجملة ، ألا ترى أنه إذا كان عاملاً يعطي من الصدقة ما يكفيه ، وكذلك ابن السبيل يجوز له أخذ الزكاة .

(وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لأنه صين) أي حفظ ، وهو مجهول صانه ، وأصله صون قلبت الواو ألفاً لتحركها وافتتاح

لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه . قال ومـــا جباه الإمـــام من الخراج وأموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالـح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلمائهم منـــه ما يكفيهم ويدفع منـه أرزاق المقاتلة وذراريهم لأنه مال بيت المال ، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين،وهؤلاء

ما قبلها واصل صين صون قلبت الواو ياء ، ثم ابدلت ضمة الصـاد كسرة لأجـــل الياء (لشرفه) أي لأجل شرفه (وكرامته عن أوساخ الناس)وذلك لأجل التعظيم لقرابـــة النبي ﷺ ، فإذا كان الأمر كذلك (فألحق به) أي بالهاشمي (مولاه) لأنه نسبـة ولم يذكر جواباً عن الحديث ، وهو انه ورد بخلاف القياس فاقتصر على مورد النص ، وهـو حرمة الصدقة خاصة فلم يجز التعدية إلى غيرها ، لأن ذلك كان لإظهار فضل قرابة رسول الله عليه السلام في إلحاق مولاهم به ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء .

(قال وما جباه الإمام) أى وما جمعه الإمام (من الخراج) أي خراج الأراضي (ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالـح المسلمين كسد الثغور) وهو جمع ثغر ، وهو موضع مخاف البلدان (وبناء القناطر)جمع قنطرةوهو ما يحكم بناؤه ولا يرفع (والجسور) جمع جسر ، وهو ما يوضـع ويرفـع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل (وعلماؤهم منه) أي من الذي جباه الامام الأشياء المذكورة (ما يكفيهم) أي ما يكفي القضاة وعمالهم والعلماء (ويدفـع منه) أي من الذي جباه أيضاً (أرزاق المقاتلة وذراريهم) أي وأرزاق ذراريهم ، لأن نقصانهم واجب عليهم ، فلو لم يكن موقوفاً لذراري آبائهم لم يتفرغوا للقتال ولبطلان أمر الجهاد الذي من أعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة بأكساب النفقات للذراري (لأنه) أى لأن الذى جباه الإمام (مال بيت المال ، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال ،وهو) أى المال حي الذى (معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم) أى القضـــاة وعمالهم والعلماء

عملتهم ونفقة الذراري على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب ولا يفرغون للقتال . ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء ، لأنه نوع صلة وليس بدين ، ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهـــل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم .

عملتهم وهو جمع عامل (ونفقة الذرارى على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجـوا إلى الاكتساب ولا يفرغون للقتال) وقد شرحناه الآن .

(ومن مات منهم) أى من المذكورين (في نصف السنة فلا شيء له في العطاء) وهو مـا يكتب للقراء في الديوان ولكل من قام بأمر الدين(لأنه نوع صلة وليس بدين،ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت) وإنما وضع المسألة نصف السنة لأنـه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه ، لان قـــد وافى غناءه ، ويستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الولائم قبل رزق القاضي ومن في معناه في آخـــر السنة يعطي ، ولو أخذ في أولها ثم عزل أو مات قبل نصفها قيل يجب رد مـا بقي من السنة ، وقيل على قياس نفقة المرأة لو يجب . وقال محمد وجب إلى رد الباقي ، كـذا لو عجل لها نفقته يسترضيها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود ،وعندهما إنها صلةمن وجه فيقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ، ذكره في جامع قاضي خان،والتمرتاشي.

(وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم) إنما قال ذلك لانه في الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب حسن في الاسلام كأزواج النبي ﷺ وأولاد المهاجرين والأنصار .

* * *

باب أحكام المرتدين

قال وإذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة كشفت عنه ، لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح ، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب ، لأن الدعوة بلغته . قال ويحبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم وإلا قتل .

(باب أحكام المرتدين)

أي هذا باب في بيان أحكام المرتدين وهو جمع مرتد ، وهو الذي يرتد ، أي يرجع عن دين الاسلام إلى الكفر والعياذ بالله تعالى . ولما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارىء ، لأن الطارىء إنما هو بعد وجود الأصلي .

(قال وإذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام) وفي أكثر النسخ وإذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه الاسلام (فإن كانت له شبهة كشفت عنه) وفي بعض نسخ القدوري كشفت له (لأنه) أي لأن الذي ارتد (عساه) أي لعله (اعترته شبهة) وفي بعض النسخ اعترضت له شبة ، يقال عراه أعراه بمعنى إذا أباح خراج ، أي يزال من الابراحة ،وفي بعض النسخ (فتنزاح عنه) أي عن الذي ارتد (وفيه) أي وفي عرض الاسلام (دفع شره) أي دفع الشر المرتد (بأحسن الأمرين) أراد بهما الاسلام والقتل وأحسنهما الاسلام (إلا أن العرض) أي غير أن عرض الاسلام عليه (على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب ، لأن الدعوة بلغته) أي لأنه عذر ، ولكن العرض مستحب . وفي الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين ، لأن رجاء عوده إلى الاسلام ثبت على ما يجيء .

(قال ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم) فبها ونعمت (وإلا قتل) أي وإن لم يسلم بعد

وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام حراً كان أو عبداً ، فإن أبى قتل ، وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لايلاء الأعذار . وعن أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعي «رح» أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ،ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد

ثلاثة أيام قتل إلى ها هنا كلام القدوري مع شرح المصنف إياه (وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام ، فإن أبى قتل) مكانه ، وذكره في شرحه في المسلم يرتد انه يقتل (حراً كان أو عبداً) وقال فخر الاسلام ولا يؤخر إلى أن نتمهل ، لأنه قد ارتد بعد المعرفة ، فلا عفو له (وتأويل الأول) وهو قوله ثلاثة أيام (انه) أي أن المرتد (يستعمل) على صيغة المعلوم من الاستمهال ، وهو طلب المهلة . حاصل معناه أنه إذا طلب المهلة (فيمهل) على صيغة المجهول من الامهال (ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لايلاء الإعذار) بكسر الهمزة ، أي لاختيار الأعذار كما في شرط الخيار قصة موسى ، والعبد الصالح وإن لم يطلب المهلة فالظاهر من حالته أنه متعنت في ذلك ، فلا بأس بقتله ، إلا أن له يستحب أن يستر لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة .

فإن قيل تقدير المدة ها هنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل للقتل فيه ، لأنه المقادير . أجيب بأن هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص ، لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ، وورد فيه لأن التقدير بثلاثة أيام هناك كان للتأمل . والتقدير بها هنا أيضاً للتأمل .

(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك) أي الامهال أو التأجيل (أو لم يطلب . وعن الشافعي «رح» أن على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد

من مدة يمكنه التأمل ، فقدرناه بالثلاث . ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ من غير قيـــد الإمهال ، وكذا قوله عليـه السلام من بدل دينـــه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال ،

من مدة يمكنه التأمل ، فقدرناه بالثلاث) وقال الكاكي ومدة الاشتباه ثلاثـة أيام عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول . وفي أصح قوليه إن تاب في الحال وإلا قتل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ، وهو اختيار ابن المنذر . وعن علي رضى الله عنه استتاب شهراً . وقال الثوري يستتاب ما رجي عوده . وقال النخعي يستتاب أبداً ، وهذا يقتضي أن لا يقتل أبداً ، وهو مخالف للسنة والاجماع .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ من غير قيد الامهال ، وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم، فروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه البخارى في حديث استتابة المرتدين وفيه من بدل دينه فاقتلوه . وروى عن معاوية بن مسد أخرجه الطبراني في الكبير قال رسول الله ﷺ من بدل دينه فاقتلوه أن لا تقبل توبته عن الكفر بعد إسلامه . وروى عن عائشة رضي الله عنها أخرجه الطبراني في معجمه الاوسط عنها مرفوعاً نحوه سواء .

(ولانه) أى ولان المرتد (كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال) إنما قال كافر حربي ، لانه ليس بذمي ولا مستأمن ، إذ لا يقبل الجزية ، وما طلب الامان فكان حربياً فيقتل لاطلاق النص . ولانه بنفس الردة صار محارباً لاهل الاسلام فيقتل ، إلا إذا استمهل فيمهل ثلاثة أيام كما مر . ونقل الناطقي في كتـــاب الاجناس عن كتاب الارتداد للحبس فأناب المرتد وعاد إلى الاسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعـــل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام ، فإن عـاد الى الكفر رابعاً ثم طلب التأجيل فإنه لا يؤجله ، فإن أسلم وإلا قتل .

وقال الكرخي في مختصره فان رجع أيضاً عن الإمام يأتي به الاسلام بعد ثلاثـــة

وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم . ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل . وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام ، لأنه لا دين له .

استتابات أيضاً . فان لم يثبت قتله ولا يؤجله وإن هو تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد ، ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبـــة ، ويرى من حاله حال إنسان قد أخلص، فاذا فعل ذلك خلى سبيله . فان عاد بعدما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبداً ما دام يرجع إلى الاسلام ولا يقتل إلا أن يأبى أن يسلم .

وقال أبو الحسن الكرخي هذا قول أصحابنا جميعاً أن المرتد يستتاب أبـداً . وروى عن علي وابن عمر رضى الله عنهما أنه لا تقبل توبة بعد المرة الثالثة ، لانـه مستحق السبي وليس بثابت .

(وهذا) أى قتله للحال من غير إمهال (لانه) أى لان القتال (لا يجوز تأخـير الواجب) وهو القتل (لامر موهوم) وهو إسلام المرتد (ولا فرق بين الحر والعبد)أى لا فرق في قتل المرتدين أن يكون حراً أو عبداً إذا أبى الاسلام (لاطلاق الدلائل) هو قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ وقوله ﷺ من بدل دينه فاقتلوه وغيرهمـــا من غير فصل بين الحر والعبد .

(وكيفية توبته) أى توبة المرتد (أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له) يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية يوجب عليه أن يبرأ عن ذلك، لكن من ليس له دين فلأجل هذا يبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام بعد أن يأتي بالشهادتين .

قال في شرح الطحاوى سئل أبو يوسف عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول أشهد أن لا إله إلا الله محمداً عبده ورسوله ، ويقر بما جاء من عند الله من الذى انتحل، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله . وقال ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا بريء منه، أى من الذى ارتد إليه فهي توبة أيضاً ، كذا نقل الشيـخ أبو الحسن الكرخي عن أبي

ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود
قال فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ولا شيء على القاتل . ومعنى الكراهية ها هنا ترك المستحب و انتفاء الضمان ، لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب . وأما المرتدة فلا تقتل . و قال الشافعي « رح » تقتل لما روينا ،

يوسف وقال في شرح الطحاوى إسلام النصراني أن يقول أشهد أن لا إله إلا الله وان محمداً عبده ورسوله ، ويبرأ من النصرانية ، وإن كان يهودياً يبرأ من اليهودية . وكذلك إذا كان كل ملة توقف عليها . وأما إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله فانه لا يكون مسلماً بهذا الاسم ، لانهم يقولون هذا إلا انهم إذا فسروا قالوا رسول الله إليكم هذا في اليهود والنصارى والذمي بين ظهراني أهل الاسلام .

وأما إذا كان في دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، فهذا دليل الاسلام ، أو قال محمد رسول الله ، أو قال دخلت في دار الاسلام ، أو قال دخلت في دين محمد عليه السلام ، فهذا دليل إسلامه ، ذكره في كتاب المرتد .

(ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود) لانه مسلمة للمرتد بعد ما كان عليه إذا تبرأ عما انتقل إليه حصل المقصود والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الائمة الثلاثة .

(قال) أى القدورى (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ، ولا شيء على القاتل) لان القتل وجب عليه بالنصوص لمجرد الكفر ، فلم يجب الضمان على قاتله لوجود المبيح (ومعنى الكراهة هناك ترك المستحب) لان في القتل تفويت الفرض المستحب ، وعند من قال بوجوب العرض يحرم قتله (وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب) لان الكافر إذا بلغه الدعوة لا يجب تجديد العرض عليه ، بل يستحب ، فكذا هنا . وفائدة الاستحباب محل قتله العرض (وأما المرتدة فلا تقتل) ولكن حتى تسلم سواء كانت حرة أو أمة . ولو قتلها قاتل لم يجب عليها شيء .

(وقال الشافعي تقتل) وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث والزهرى والنخعي والاوزاعي ومكحول وحماد وإسحاق . وهو قول أبي يوسف أولاً ، ذكره أبو الليث (لما روينا) وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ، ومن تعم الرجال والنساء . وروى الدارقطني أن

ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة ، والردة والمرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها . ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء . ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء ،

امرأة يقال لها مروان ارتدت فأمر عليه السلام أن تستتاب ، فان تابت وإلا قتلت (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فيناط بها) أى يتعلق بها (عقوبة مغلظة) وهو القتل (وردة المرأة تشاركها فيها) أى تشارك ردة الرجل في هذه العقوبة (فتشاركها في موجبها) وهو القتل ، لان الاشتراك في العلة موجب الاشتراك في المعلول، فصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة ، وفيه نظر، لانه إثبات ما يندرىء بالشبهات بالرأى.

(ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء) وروى الجماعة إلا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر ان امرأة وجدت في بعض مغازى رسول الله ﷺ فنهى عن قتل النساء والصبيان، وفي لفظ البخارى ومسلم فأنكر قتل النساء والصبيان . وفي لفظ البخارى ومسلم وأخرج أبو داود عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلا ولا صغيراً ولا امرأة ... الحديث . فإذا لم يقتل بالكفر الأصلي فبالطارىء بطريق الأولى كالصبي . وروى الدارقطني في سننه عن عبد الله ابن عيسى الجوزي حدثنا عقال شمير عن عاصم عن أبي ربعة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ لا تقتل المرأة إذا ارتدت ، قال الدارقطني وعبد الله هذا كذاب يضع الحديث على عقال وغيره ، هذا لايصح عن النبي ﷺ .

والجواب عن الحديث الذى اتضح به الشافعي انه عام متروك الظاهر ، لان من بدل دينه من اليهودية إلى النصرانية او من النصرانية إلى اليهودية او من الكفر إلى الاسلام لا يقتل مع وجود التبديل على الرجل المرتد توفيقاً بين الحديثين .

(ولان الاصل تأخير الاجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذى هو من الله إظهار علمه ، لان الناس يمتنعون خوفاً من لحوقه ، فصاروا في المعنى كالمحورين ،

وإنما عدل عنه دفعاً لشر ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البينة. بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار ، فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد . وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة ، والأمة يجبرها مولاها. أما الجبر فلما ذكرنا من المولى لما فيه من الجمع بين الحقين

وفيه إخلال بالاسلام (وإنما عدل عنه) أي عن هذا الاصل (دفعاً لشر ناجز) أي واقع (وهو الحراب) يقال ناجزاً مناجزاً ، أي يتداخل (ولا يتوجه ذلك)أي الحرب (من النساء لعدم صلاحية البينة) يعني بنيتهن غير صالحة كذلك .

(بخلاف الرجال ، فصارت المرتدة كالأصلية) كالكافرة الأصلية والكافرة الأصلية لا تقبل ، فكذا المرتدة . وقال الاكمل ما قيل أن النبي ﷺ قتل مرتدة فقد قيل أنه عليه السلام لم يقتلها لمجرد الردة ، بل لانها كانت شاخة شاعرة تهجو رسول الله ﷺ ، وكان لها ثلاثون ابناً وهي تحرضهم على قتال رسول الله ﷺ فأمر بقتلها .

(قال ولكن تحبس حتى تسلم ، لانها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه) أي إيفاء حق الله تعالى (بالحبس كما في حقوق العباد) حيث تحبس لايفاء ما عليها من الحق .

(وفي الجامع الصغير) إنما أعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الحر والحرة والامة (وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة ، والامة يجبرها مولاها ، أما الجبر فلما ذكرنا) يعني أنه امتنعت عن إيفاء حق الله بعد الإقرار (من المولى) أي وأما الاجبار من المولى (لما فيه من الجمع بين الحقين) أي حق الله تعالى وهو الجبر على الاسلام وحق العبد وهو الاستخدام . وفي الايضاح قال أبو حنيفة رضي الله عنه إن احتاج المولى إلى خدمتهما دفعهما القاضي إليه وأمره أن يجبرها إلى الاسلام وأرسل إليها القاضي كل أيام يهددها ويضربها أسواطاً حتى تموت أو تسلم. والصحيح أنه يدفعها إلى المولى احتاج أو

ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمـــل على الإسلام . قال ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالاً مراعى ، فإن أسلم عادت إلى حالها . قالوا هذا عند أبي حنيفـــة « رح » وعندهما لا يزول ملكه ، لأنه مكلف محتاج فالى أن يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص . وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل .

استغنى طلب أم لا ، لان الحبس تصرف فيها ، وذا إلى المولى .

فإن قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعاً ، فكيف دفعته إليه الأمة دون العبد . أجيب بأن العبد إذا أبى يقتل فلا فائدة في الدفع إلى المولى .

(ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الاسلام) وعن الحسن أن المرتـــدة تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطاً حتى تموت أو تسلم .

(قال) أي القدوري (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته) أي بسبب ردته (زوالاً مراعى) أي محفوظاً موقوفاً حتى يتبين حاله . وبه قال الشافعي الاصح ومالك وأحمد في رواية ، وبيانه في قوله (فإن أسلم عادت) أى أمواله (إلى حالها) أي تبقى ملكاً له كما كانت (قالوا) أي المشايخ (هذا) أي الذي ذكره القدوري من الزوال المراعى قول أبي حنيفة رضي الله عنه . وفي بعض النسخ (عند أبي حنيفة «رح») هو الاصح (وعندهما) أي عند ابي يوسف ومحمد (لا يزول ملكه) وبه قال الشافعي في قول ، واختاره المزني وأحمد في ظاهر الرواية ، وبه قال ابن المنذر **وأكثر أهل العلم** على انــه لا يزول بمجرد الردة (لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقي ملكه) ولا يتمكن من إقامة التكلف وأثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه كالمقضي عليه بالقود والرجم وهو معنى قوله (كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) فان ملكه لا يزول باباحة دمه .

(وله) اى لابي حنيفة (انه) اى ان المرتد (حربي مقهور)**أما كونه حربياً**، فلأنه كافـــر غير مستأمن والحربي كذلك ، لانه كافر غير مستأمن . وأما كونـــه مقهوراً فلأنه (تحت أيدينا حتى يقتل)وقد زالت عصمة نفسه بالردة حتى يستحق القتل،ولذلك إن

ولا قتل إلا بالحراب فهـــذا يوجب زوال ملكه ومالكيته ، غير أنـه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ، ويرجى عوده إليـــه فتوقفنا في أمره ، فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم ، وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب . وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه . قال وإن مات أو قتل على ردته انتقـــل

زالت عصمة نفسه تبعاً له (ولا قتل إلا بالحراب) فكان القتل هنا مستلزمـــاً للحراب، لان نفس الكفر ليس مبيح له ، ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني ، وقد تحقق اللزوم بالاتفاق ، وهو كونه من يقتل فلا بد من لازمة وهو كونه حربياً (وهـــذا) اى كونه حربياً مقهوراً تحت ايدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) بالجر عطفاً على قوله ملكه ، لأن المقهور به امارة المملوكية ، فاذا كان مقهوراً ارتفعت مالكيته وارتفاعهـــا مستلزم ارتفاع الملك ، لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك بمحـــال (غير انه) اى ان المرتدين (مدعو إلى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده إليه) اى على الاسلام ، وذلك موجب بقاء المالكية ، لانه حي مكلف يحتاج إلى ما تمكن منه من اداء ما تكلف به ، فبالنظر إلى الأول يزول بالنظر إلى الثاني لا يزول (فتوقفنا في امره)فقلنا بزوال موقوف.

(فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم) أي في حق بقاءملكه على ماله ، واحترز بقوله في حق هذا الحكم عن جبر عليـه وعن بينونـــة امرأته وعن وجوب تجديد كلمة الشهادة ، لأن ردته لا تجعل كأن لم تكن في هذه الأحكام (وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل) على صيغـــة المجهول (السبب) أي سبب المرتد ونكله وهو الارتـــداد .

(وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه) بـــدار الحرب (استقر كفره فيعمل بسبب عمله وزال ملكه) مبتدأ إلى وقت الردة كما في البيع بشرط الخيار للمشتري . (قال) أي القدوري (وإن مات أو قتل على ردته انتقل ماا كتسبه في

ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » كلاهما لورثته . وقال الشافعي « رح » كلاهما فيء، لأنه مات كافراً ، والمسلم لا يرث الكافر ، ثم هو مال حربي لا أمان له ، فيكون فيئاً . ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه ، فينتقل بموته إلى ورثته ، ويستند إلى ما قبيل ردته ، إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم .

حال إسلامه إلى ورثته المسلمين) وقال الأترازي فلو قال وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب ، فحكم بلحاقه كان أولى ، لأن حكم الحاكم باللحاق مثل موته ، انتهى . قلت لم يقل هكذا هنا لا كفاية بما ذكره قبله قبيل إنه تكرار . قلت لا ، لأن الأول لفظه . والثاني لفظ القدوري (وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً) يعني غنيمة للمسلمين (وهذا) أي المذكور (عند أبي حنيفة « رح ») وبه قال زفر والحسن ، وكذا ذكره الكرخي .

(وقال أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» كلاهما) يعني الكيسان جميعاً (لورثته . وقال الشافعي «رح» كلاهما فيء) وبه قال مالك وأحمد (لأنه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيئاً) يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع (ولهما) أي ولأبي يوسف ومحمد (أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج إلى آخره (ينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل ردته) هذا جواب عما يقال هذا توريث المسلم من الكافر ، فأجاب بقوله ويمتد ، أي إلى إرسال ، وخرج في المبسوط ويستند التوريث إلى ما قبيل ردته ، فيكون كأنه كسب الردة كسب الإسلام (إذ الردة سبب الموت) ولما كان سبب الموت جعل موتاً حكماً ، فكان آخر جزء من أجزاء إسلامه أخذ جزء من أجزاء إسلامه آخر جزء من أجزاء حياته حكماً (فيكون توريث المسلم من المسلم) بهذه الحيثية .

ولأبي حنيفة « رح » أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ، ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة ، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً للإستناد . وعنه أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة ، ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه ، لأن الردة بمنزلة الموت وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت ،

(ولأبي حنيفة «رح» أنه يمكن الاستناد) أي إسناد التوريث (في كسب الإسلام لوجوده) أي لوجود الكسب (قبل الردة ، ولا يمكن الإستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه)أي من شرط إسناد التوريث(وجوده) أي وجود الكسب قبل الردة ليكون توريث المسلم من المسلم، لأنا لو قلنا بالتوريث فيما الكسب في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر ، وذلك لا يجوز (ثم إنما يرثه) أي إنما يرث المرتد (من كان وارثاً له حالة الردة ، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتباراً للاستناد) ذكر هذه الروايات تفريعاً لمسألة القدوري ، وهذه الرواية رواية الحسن (عنه أنه يرثه من كان وارثاً له وقت الردة) وولد له من علوق حادث وبقي إلى موته يرثه . ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردته أو ولد من علوق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية (ولا يبطل استحقاقه)أي استحقاق الوارث (بموته) قبل موت المرتد (بل يخلفه وارثه . لأن الردة بمنزلة الموت) في حكم التوريث . ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا تبطل استحقاقه ، ولكن يخلفه وارثه فيه ، وهذا مثله .

(وعنه) أي وعن أبي حنيفة هذه الرواية رواها محمد عن أبي حنيفة (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) سواء كان موجوداً عند الردة أو حدث بعدها . وفي المبسوط

لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة ، لأنه يصير فاراً ، وإن كان صحيحاً وقت الردة

هذا أصح (لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه) أي تمام السبب (كالحادث قبل انعقاده) أي قبل السبب فلا جرم تعتبر زمان الموت ، لأن السبب يتم به حق يرثه الولد الحادث بعد الردة قبل القتل أو الموت ، وهذا (بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض) بغير الولد الحادث في المشتراة قبل القبض ، حيث يكون له حصة من الثمن غير مضمونة ، حتى إذا هلك من يد البائع قبل القبض بغير قتل أحد هلك معه العوض تلقى الثمن كله متعلقاً بالأصل ، كما كان كذلك لو كان الولد حادثاً قبل انعقاد السبب وهو البيع. قال في النهاية وحاصله أنه على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثاً وقت الردة ، وكونه باقياً إلى وقت الموت أو القتل ، حتى لو كان وارثاً ثم مات قبل موت المرتد أوجدت وارث بعد الردة فإنه لا يرثانه . وعلى رواية أبي يوسف يشترط الوصف الأول دون الثاني ، وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول .

(وترثه) أي ترث المرتد (امرأته المسلمة إذا مات) أى المرتد (أو قتل على ردته وهي في العدة) الواو فيه للحال (لأنه يصير فاراً ، وإن كان) أى المرتد والواو للاتصال (صحيحاً وقت الردة) لأن الردة سبب الهلاك كالمرض ، فأشبه بردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض ، والطلاق البائن حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت في العدة . وفي رواية أبي يوسف يرث وإن انقطعت العدة ، لأن العدة تغير قيام السبب وقت الردة ، ذكره في المبسوط .

فإن قيل أضاف أبو حنيفة التوريث إلى ما قبل الردة وذلك مستلزم أن لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول ، لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كان مدخولاً بها أو لم تكن . أجيب بأن الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة يستوي فيه المدخول بها وغيرها . وأما الردة فإنها جعلت موتاً حكماً ليكون توريث المسلم ، فهي

والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لا حراب منها فلم يوجب سبب الفيء ، بخلاف المرتد عند أبي حنيفة « رح » ويرثها زوجهـــا المسلم إن ارتدت وهي مريضة لقصدها إبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنهـــا لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالهـا بالردة ، بخلاف المرتد قال وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه

ضعيفة في السببية فلا من تقررها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة .

(والمرتدة كسبها) أي كسب المرتدة (لورثتها، لأنه لا حراب منها) أي من المرأة، ومعنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس ، فالردة لا تزول عصمة نفسهـــا حتى لا تقتل ، فكذا لا تزول عصمة مالها ، فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثاً لورثتها. فإذا لم يكن حراب منها (فلم يوجد سبب الفيء) فلا يترتب عليه الحكم (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة) فان كسبه فيء لكونه محارباً في الحال أو في المال باللحـــاق . وحاصل العرف أن عصمة المال تابعة للنفس ، فالمرتدة لا تقتل فلا تسقط عصمة نفسها ، فكذا لا تسقط عصمة مالها ، بخلاف المرتد فانه يقتل فيسقط عصمة نفسه ، فكذا عصمة ماله لما ذكرنا (ويرثها) أي المرتدة (زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة) الواو فيه للحال (لقصدها إبطال حقه) أي حق الزوج بقصد الفرار من ميراث الزوج .

(وإن كانت) أي المرتدة (صحيحة لا يرثها ، لأنها لا تقتل ، فلم يتعلق حقه بمالها بالردة) لأنها ماتت بنفس الردة ، فلم يصر فيه على الهلاك لأنها لا تقتل (بخلاف المرتد) فلا يكون في حكم الفارة المريضة ، فلا يرث زوجها منها ، بخلاف المرتد منفصل بقوله فلم يتعلق حق بمالها . وفي المرتد يتعلق حقها بماله إذا مات وهي في العدة سواء ارتد في صحته او في مرضه ، لأنه مستحق القتل فكان فاراً بالارتداد فورثته .

(قال وإن لحق بدار الحرب) حال كونه (مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده) من جميع المال ، كذا في شرح الطحاوي (وحلت الديون التي عليه)

ونقـــل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي « رح » يبقى ماله موقوفاً كما كان ، لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام . ولنا أنه صار مرتداً باللحاق من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتى ، فصار كالموت ، إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا ، فـــلا بد من القضاء . وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة بـه وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ، ثم يعتبر كونه وارثاً عند لحاقه

يعني ديونه المؤجلة (ونقل ما اكتسبه في حـــال الاسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي يبقى ماله موقوفاً كما كان) في دار الاسلام، ويحفظ الحاكم وبه قال مالك وأحمد. والذى نقله المصنف عن الشافعي واحمد واقواله ، كذا قاله الأكمل وليس له إلا قولان ، احدهما ما نقله ، والآخر ان ملكه يزول (لأنه) اى لان إلحاقه بدار الحرب (نوع غيبة، فأشبه الغيبة في دار الاسلام) فلا يتغير حكم ماله .

(ولنا انه صارمرتداًباللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام) ألاترى إلى قوله تعالى ﴿ او من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ١٢٢ الأنعام ، اى كافراً فهديناه (لانقطاع ولاية الزام) هذا تعليل لقوله وهم اموات لانه باللحاق ينقطع عنه الاحكام كما ينقطع عنه بموته ، وهو معنى قوله (كما هي) أي أحكام الإسلام (منقطعة عن الموتى فصار) أي المرتد باللحاق (كالموت إلا أنه) أي غير أنه (لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء) لترجح جانب عدم العود إلينا (وإذا تقرر موتـه) أي موته الحكمي بالقضاء (ثبتت الأحكام المتعلقة به) أي بالمرتد (وهي مـا ذكرناها) أي الأحكام المتعلقة به ما ذكرناها من عتق مدبريه أو أمهات أولاده وحلول ديونـه المؤجلة ونقل كسب الإسلام إلى ورثته (كما في الموت الحقيقي) أي كما تثبت هـذه الأحكام في الموت الحقيقي (ثم يعتبر كونه) أي كون وارث المرتد (وارثاً عند لحاقـه) أي عند

في قول محمد ، لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال . وقال أبو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتاً بالقضاء . والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف ، وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته . قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن أبى حنيفة « رح » وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام ، وإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردة ، وعنه على عكسه

لحاق المرتد بدار الحرب (في قول محمد «رح» لأن اللحاق هو السبب) لزوال ملكه (والقضاء لتقرره)أي لتقرير السبب،وقيل لتقرير اللحاق وهما متفاوتان (لقطع الاحتمال) أي احتمال العود إلى دار الإسلام .

(وقال أبو يوسف «ر ح» وقت القضاء) أي يعتبر كونه وارثاً وقت القضاء باللحاق (لأنه) أي لأن المرتد (يصير موتاً بالقضاء) أي بقضاء القاضي واللحاق غلبة (والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) أي على هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ، فعند أبي يوسف يعتبر وجود الوارث وقت القضاء ، وعند محمد وقت اللحاق أو معناه على هذا الذي ذكرناه من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين ونقل الكسب إلى الورثة ، لكن إلى ورثته قبل اللحاق أو وقت القضاء على الاختلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام، وما لزمه في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته) هذا كله قول القدوري .

(وقال العبد الضعيف عصمه الله) أي المصنف (هذه رواية عن أبي حنيفة رحمة الله عليه ، وعنه) أي وعن أبي حنيفة «رح» (أنه) وقال الأترازي أن الشأن (يبتدأ) في قضاء الذي (بكسب الإسلام) وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة (فإن لم يف بذلك) أي فان لم يكن في كسب الاسلام وفاء بالدين (يقضى من كسب الردة . وعنه)

وجه الأول أن المستحق بالسببين مختلف ، وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين ، فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ، ليكون الغرم بالغنم .وجه الثاني أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه . ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث ، فيقدم الدين عليه . أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده ، فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر ، فحينئذ يقضى منه

أي وعن أبي حنيفة (على عكسه) أي يقضى كسب الردة، فان لم يف يقضى من كسب الاسلام وهذه الرواية رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

(وجه الأول) أي وجه المذكور الأول وهو قضاء دين على كل حال من كسب تلك الحال (أن المستحق بالسببين مختلف) أحدهما بالسبب الواقع في حالة الاسلام ، والآخر بالسبب الواقع في حالة الردة مختلف ، لأن الحد الواقع بالسبب في حالة الاسلام يخالف الدين الواجب بالسبب الواقع في حالة الردة (وحصول كل واحد من الكسبين) أي من كسب الاسلام و كسب الردة (باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم) أي بازاء الغنم .

(وجه الثاني) وهو الذي يبدأ فيه بكسب الاسلام (أن كسب الاسلام فيه ملكه) أى ملك المرتد وأوضح ذلك بقوله (حتى يخلفه الوارث فيه) بضم الفاء ، لأن حق للحال . قوله فيه أى في كسب الاسلام (ومن شرط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث) أراد أن الوارث إنما يكون خلفاً عن الميت إذا لم يكن عليه دين ، فاذا كان عليه دين (فيقدم الدين عليه) أى على الوارث (وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده) أى عند أبي حنيفة (فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر) أراد به بكسب الاسلام (فحينئذ يقضى منه) أى من كسب الردة كالذمي ، جواب سؤال يرد عليه ، وهو أن كسب الردة لما لم يكن مملوكاً له كيف يؤدى منه دينه

كالذي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين . ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ها هنا . وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه أولى ، إلا إذا تعذر بأن لم يف به ، فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديماً لحقه .

إذا لم يكن له كسب الاسلام . فأجاب بقوله (كالذمي) يعني هذا غير بعد ، فان الذمي (إذا مات ولا وارث له) الواو فيه للحال (يكون ماله لجماعة المسلمين . ولو كان عليه دين يقضى منه ، كذلك ها هنا) أى كذلك الحكم في هذا الوجه .

(وجه الثالث) وهو البداءة من كسب الردة فان لم يف فمن كسب الاسلام (أن كسب الاسلام حق الورثة ، وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه) أى من كسب الردة (أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به) أى كسب الردة (فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديماً لحقه) أى لحق المرتد ، لأن الدين مقدم على الارث وفيه بحث من أوجه :

الأول : ما قيل إن هذا ناقض قوله ، أما كسب الردة فليس بمملوك لبطلان أهليه الملك بالردة .

والثاني : أن كون سبب الاسلام حق الورثة ممنوع ، فان حقهم إنما يكون متعلقاً بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث .

والثالث : أن قضاء الدين خالص ماله واجب من حق غيره ممتنع ؛ فلا وجه بقوله فكان قضاء الدين منه أولى .

وأجيب عن الأول بأن المعنى من خلوص الحق هنا أن لا يتعلق حق الغير به كما يتعلق في مال المريض . ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكاً له ، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له ، وكذلك الذى إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا . وعن الثاني ان الدين إنما يتعلق بماله عند الموت . لأن ما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة وكسب في الردة هو ماله عند الموت يتعلق

وقال أبو يوسف ومحمد يقضي ديونه من الكسبين لانهما جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيهما والله أعلم . قال وما باعه أو اشتراه أو عتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف ، فإن أسلم صحت عقوده . وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين .

الدين به . وعن الثالث بأن كسب الاسلام بعرضية ان يكون خالص حقه بالتوبة ، فكان أحدهما خالص حقه ، والآخر بعرضه ، أي بصير خالص حقه ، ولا شك ان قضاء الدين من الأول أول هذا على طريق ابي حنيفة .

(وقال ابو يوسف ومحمد يقضى ديونه من الكسبين) اى كسب الإسلام وكسب الردة (لأنهما) أي لأن الكسبين (جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيهما والله أعلم) وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(قال) أي القدوري (وما باعه) أي الذي باعه المرتد (أو اشتراه أو رهنه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه) أي الذي تصرف فيه (من أمواله في حال ردته فهو موقوف) دخل بقوله ما باعه ، والعطوفات عليه يدخل فيه ، فهو جملة إسمية في محل الرفع على أنها خبر المبتدأ ، أعنى قوله وما باعه ، والمبتدأ إذا تضمنت معنى الشروط تدخل في خبر الفاء على ما عرف في موضعه ، وأوضح معنى الموقود بقوله (فإن أسلم صحت عقوده) المذكورة (وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) هذه المعقودة (وهذا) أي كون هذه التصرفات موقوفة (عند أبي حنيفة «رح») إنما قال المصنف هذا ، لأن القدوري لم يذكر الخلاف في هذا الموضع .

(وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين) أحدهما الإسلام ، والثاني أخذ الرجف السلامة من الفرق والقتل وإلحاق . وفي الشامل جمع تصرف المرتد في حالة ردته

اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام ، نافذ بالاتفاق كالإستيلاد والطلاق ، لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك ، وتمام الولاية . وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له ،

من بيع وشراء وعتق وتدبير وكتابة ووطء ، أو غالب جائز إن أسلم ، وباطل إن لحق السبب فإنه يثبت عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح ، وعند محمد كما يجوز من المريض .

(اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام) قسم منها (نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق) فإن قلنا كيف يقدم طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة . قلت هذا ليس بممنوع ، ألا ترى أن المسلم إذا أبان زوجته ثم طلقها في عدتها جاز ، فكذا هذا . يمكن أن الأمنع البينونة بالردة أصلاً كما إذا ارتد الزوجان معاً طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال . وفي المحيط أن التفرقة التي تقع بالارتداد يقع بعدها الطلاق ، فكان طلاق المرتد واقعاً كما لو طلقت بالإبانة بالطلاق البائن (لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك) قوله ولا يفتقر إلى حقيقة الملك ، يرجع إلى قوله كالاستيلاد ، أي لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك بدليل أن الاستيلاء يصح في جارية الابن وإن لم يكن فيها ملك حقيقة ، بل له حق التمليك في مال الابن لدفع حاجته والاستيلاد من حاجته (وتمام الولاية) يرجع إلى الطلاق وفيه لف ونشر ، أي لأن الطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية ، ألا ترى أن العبد يصح طلاقه مع أنه لا ولاية له على نفسه أصلاً . ومن هذا القسم النافذ تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون .

(وباطل بالإتفاق) أي القسم الثاني من تصرفات المرتد باطل بالإتفاق بين أصحابنا (كالنكاح والذبيحة ، لأنه) أي لأن كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة) بلا اختلاف بين العلماء (ولا ملة له) أي للمرتد ، لأنه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل .

فإن قيل أي شيء يريد بالملة إن ردت ملة الإسلام وينتقض بأهل الكتاب وإن أردته الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المشرك والمجوسي فيما بينهم ، وليس لهم ملة سماوية

وموقوف بالاتفاق كالمعاوضة لأنها تعتمد المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم . ومختلفة في توقفه وهو ما عددناه .

أصلا لا تقريره ولا حجة فيه . قال ﷺ ولدت من نكاح لا من سفاح [1] . قلنا قال الإمام ظهير الدين في فوائده راجعت الفحول في هذا فلم أجد جواباً شافياً ، وكنت في ذلك متمليا حتى هجنت فؤادي . وقال المغني من الملة التي تدينون بذلك النكاح المتوارث ، لأن عند ذلك حصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة ، فلا يصح نكاحها ، لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس ، فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح . بخلاف المجوس والمشركين ، فإنهم يدينون بذلك النكاح المتوارث .

(وموقوف بالإتفاق) أي القسم الثالث من تصرفات المرتد موقوف باتفاق أصحابنا (كالمعاوضة) ، معناه أن المرتد إذا فاوض مسلماً يعني شركة المعاوضة يوقف فإن أسلم نفدت المعاوضة وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه في دار الحرب بطلب المعاوضة بالإتفاق (لأنها) أي لأن المعاوضة (تعتمد المساواة) وقد علم أن المعاوضة أن يضمن وكالة ونكالة وأن يساويا مالاً وتصرفاً وديناً فلا تصح بين حر وعبد ذمي وبالغ ومسلم وكافر لعدم التساوي (ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم) وفي الكافي إذا بطلت المعاوضة تصير عناناً يعني شركة عنان . وعند أبي حنيفة تبطل أصلا لأن في اكتنازه وكالة وهي موقوفة .

(ومختلفة في توقفه) أي القسم الرابع من تصرفات المرتد مختلف فيه هل هو نافذ أم باطل أو موقوف فقال هذا القسم مختلف في توقيفه ، وأشار إلى بيانه بقوله (وهو) اي المختلف فيه (ما عددناه) من البيع والشراء والإعتاق والهبة ونحو ذلك ، فقال ابو حنيفة رحمه الله موقوف إن اسلم جاز ما صنع ، وإن مات او قتل على رده او لحق بدار الحرب بطل ذلك كله . وقال ابو يوسف ومحمد نافذ ، كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير .

---

(١) في الأصل الحديث — وكرت من نكاح لا في سماح — اه مصححه .

لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ، ولا خفـــاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبـــاً . وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه . ولو مات ولده بعـــد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفه قبل الموت ، إلا أن عند أبي يوسف « رح » تصح كما تصح من الصحيح ، لأن الظاهـر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل ، وصار كالمرتدة . وعند محمد « رح » تصح كما تصح من المريض ، لأن من انتحل إلى نحله

(لهما) اي لأبي يوسف ومحمد (ان الصحة) اي صحة التصرف (تعتمد الأهليـــة والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً)ألا ترى ان القتل يحسب عليه بارتداده . ولو كانت اهله معدومة او ناقصة لم يجب عليه القتل (وكـذا الملك) لا شك في بقائه (لقيامه قبل موته) اي قيام ملكه قبل موته (على ما قررناه من قبل) إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج إلى آخره (ولهذا) اي ولأجل قيام ملكه قبل موته (لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه) فلو كان ملكه زائـــلا يرثه بهذا الوالد .

(ولو مات ولده) اي الولد المولود قبل الردة (بعد الردة قبل الموت لا يرثه) فلو لم يكن قائماً بعد الردة لورثته هذا الولد ، لأنه كان حياً وقت رده الأب . ولما كان ملكه قائماً (فتصح تصرفاته قبل الموت إلا عند ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح) يعني من جمع المال (لأن الظاهر عوده إلى الاسلام ، إذ الشبهة تزاح) اي تزال وهو من الازاحـة وهي الازالة (فلا يقتل) حينئذ كالمرتد ، حيث لا يقتل .

(وعند محمد تصح) اي تصرفاته (كما تصح من المريض) يعني من ثلث المال ، لأنه على شرف الهلاك عقيقة (لأن من انتحل إلى نحلة) اي لأن من اثبت إلى دين . وفي ديوان

لا سيما معرضاً عما نشأ عليه قلما يتركه ، فيفضي إلى القتل ظاهراً ، بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل . ولابي حنيفة أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك ، وتوقف التصرفات بناء عليه ، وصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله ، وكذا المرتد واستحقاقه القتل

الأدب يقال انتحل فلان قول غيره او شعر غيره إذا ادعاه لنفسه ، والنحلة بكسر النون وسكون الحاء المهملة الدعوى ، قال الأترازي وكأنه اراد به هنا من اثبت إلى الدعوى (لا سيما) اي خصوصاً حال كونه (معرضاً عما نشأ عليه) قوله (قلما يتركه) جواب من اي طالما لا يترك الذي انتحل ، اى (فيفضي إلى القتل ظاهراً ، بخلاف المرتدة ،لأنها لا تقتل) فلا يعتبر استمرارها على ما انتحلت إليه اولاً . واحتج محمد على ابي يوسف بأنه إذا امر لوارث بدين لم يجز .

(ولأبي حنيفة انه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك) إشارة إلى ما ذكروا من تعليل ابي حنيفه بقوله وله انه حربي مقهور تحت ايدينا عند قوله ويزول الملك المرتد (وتوقف التصرفات بناء عليه) اى على توقف الملك (وصار) اى هذا المرتد (كالحربي يدخل دارنا) اى دار الاسلام (بغير امان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله) اى حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن .

(وكذا المرتد) وإن ترك بعد فكذلك ها هنا . وقال الأترازي في قوله كالحربي إلى حد وسطه ، لأن الحربي الداخل دارنا بغير امان فيئاً ، فكيف تتوقف تصرفاته . فلو قال كالحربي الذى أسر عليها أيضاً ، ذكره كان أولاً ، انتهى . ونقل الأكمل هذا بقوله واعترض عليه بأن الحربي الذى دخل دارنا بغير امان يكون فيئاً ، فكيف تتوقف تصرفاته . ثم قال والاعتراض بجواز المن يسقط الاعتراض (واستحقاقه القتل) جواب عن قولها والانتفاء في وجود الاهلية تقريره لا نسلم وجود الأهلية ، لأن الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد ، كما انهما ليست بموجودة في الحربي ، لان كل

لبطلان سبب العصمـــة في الفصلين فأوجب خللاً في الاهليـة بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لان الاستحقاق في ذلـــك جزاء على الجناية . وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ، ولهذا لا تقتـل ، فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً ، فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لان الوارث إنما يخلفـه فيه لاستغنائه. وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه. بخلاف ما إذا

واحد منهما يتحقق القتل (لبطلان سبب العصمة) وزاد بسبب العصمـــة الاسلام (في الفصلين) يعني في فصل الحربي وفصل المرتدة (فأوجب) أى بطلان سبب العصمـــة (خللا في الاهلية) .

فإن قيل لو كان استحقاق القتل موجباً لخلل في الأهلية أثر في توقف التصرفات لكان تصرف الزاني المحصن الذي استحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل .

فأجاب المصنف عن ذلك بقوله (بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية) يعني أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطـــلان سبب العصمة ، والزاني والقاتل ليسا كذلك ، لأن الاستحقاق فيهما جزاء على الجناية ، لأن العصمة باقية فيهما لبقاء الإسلام .

(وبخلاف المرأة) جواب من قولهما وصار كالمرتد (لأنها ليست حربية ، ولهـــذا لا تقتل) عندنا إلا إذا لحقت بدارهم فحينئذ لغير حربية والمرتد حربي في الحال لوجوب جزاء المحاربة عليه ، فلهذا كانت عقوبة المرتدة كلها جائزة إلا معارضتها ، فإنها موقوفة . فإن أسلمت صحت وإلا صارت عناناً . كما قال في المرتد .

(فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام) حال كونه (مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لأن الوارث إنمـــا يخلفه فيه) أي في ماله (لاستغنائه) أي لاستغناء المرتد عنه حيث أدخل دار الحرب (وإذا عاد) حال كونه (مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه) أي على الوارث (بخلاف ما إذا أزاله الوارث عـــن

أزاله الوارث عن ملكه . وبخلاف أمهـــات أولاده ومدبريه ، لأنـ القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض . ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك ، فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا . وإذا وطىء المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولد له ، والولد حـر وهو ابنه ولا يرثه

ملكه) سواء كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة ، أو بسبب لا يلحق الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد ، فذلك كله مأمن ، ولا سبيل للمرتد عليه وهو لا ضمان على الوارث أيضاً ، لأنه إزالة حـــين كان له سبيل من الإزالة . وقال الكرخي في مختصره **إن كـان** المكاتب ، أي مكاتب المرتد أدى عليه من الكتابة إلى الورثة فيعتق ، ثم جاء المرتد ، فلما عتق المكاتب ولا يفسخ . وإن كان مـا أداه قائماً في يد ورثته أخذه المرتد . وقال في شرح الطحاوي الولاء للمرتد .

(وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه) حيث لا يفسخ (لأن القضاء) أي قضاء القاضي بعتقهم (قد صح بدليل مصحح) وهو قضاؤه عن ولايته ، فلا يحتمل الفسخ (فلا ينقض) ولايته لما جاء إلينا تائباً صار كأنه حتى بعد أن مات ، فلو حي حقيقي بعد الموت وإن كان ذلك بخلاف الولادة لم يكن له على أمهات الأولاد والمدبرين سبيل ، فكذا هذا .

(ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك) أي بلحاقه (فكأنه لم يزل) بفتح الزاي (مسلماً لما ذكرنا) وهو قوله إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء ،فلا يعتق عليه شيء من أمهات أولاده ومدبريه .

(وإذا وطىء المرتد جارية نصرانية ، كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد) أي من حين ارتد (فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه) وفي الكافي وغيره فجاءت بولد لسنة فألحقوا السنة بالأكثر ، وإنما قيد بالأكثر فلأنه لو جاء لأقل من ستة أشهر فولد يرث من أبيه المرتد ، وإن كانت أمـــه لقرابته بتيقن

وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاد فلما قلنا ، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد، والمرتد لا يرث المرتد ،

وجوده في البطن قبل الردة فلم ينتقض معلوفه وقت الردة فلا يجعل الولد مسلماً تبعاً للأب ،ذكره قاضي خان.

(وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات) أي الأب (على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاد فلما قلنا) إشارة إلى قوله قبل صحته لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك فصحت دعوته .

واعلم أن دعوة الولد صحيحة على قولهما بلا إشكال ، لأن عقود المرتد عندهما جائزة ، فكذلك دعوته . أما أبو حنيفة فإنه جعل عقودة موقوفة ، لكن جعل دعوته صحيحة ، لأن الاستيلاء لا يفتقر إلى حقيقة الملك ، ألا ترى أن العبد المأذون إذا ادعى النسب من الجارية التي من تجارته جاز ، وكذلك الأب إذا ادعى ولد جارية ابنه يرث النسب . وتأويل المرتد أكثر من تأويلهما ،فإذا ثبت النسب ثبت التفريع المذكور في إرثه وعدمه .

فإن قلت كيف جعلتم الصبي تبعاً للمرتد فيما إذا كانت أمه يهودية أو نصرانية ولم يجعلوه مسلماً تبعاً لدار الاسلام . قلت تبعية الدار إنما تكون إذا لم يكن معه أحد أبويه.

فإذا كان فلاناً ، فإن قيل هذا ينقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل ردتهما فإنه يبقى مسلماً تبعاً للدار ولا نعتبر مرتداً تبعاً لهما . وإن ماتا لا نسلم انه يبقى تبعاً للدار بل كان هو مسلماً تبعاً لأبويه ، فيبقى على ما كان بعد ردتهما ، بخلاف ما يجيء فإن الولد لم يثبت له حكم الاسلام أصلا، فجعل تبعاً لأبيه المرتد لقربه إلى الاسلام.

(وأما الارث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له) أي للأب (لقربه إلى الاسلام للجبر عليه) لأنه لما يقر على الردة بل يجبر على الاسلام ، ولا تجبر الأم . ولما كان تبعاً لأبيه (فصار في حكم المرتد ، والمرتد لا يرث المرتد) ولا يرث من أحد لا من المسلم

أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لأنها خيرها ديناً ، والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء ، فإن لحق ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم، لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث . والثاني انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه ، وكان الوارث مالكاً قديماً ، وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم ، لأنه

ولا من المرتد (أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها ، لأنها) أي لأن الأم (خيرها ديناً) والولد يتبع خير الأبوين ديناً (والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك) أي غلب على ذلك (المال فهو فيء) أي غنيمة لأنه مال حربي ، فيكون حكمه حكم سائر أموال أهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين .

(فان لحق) أي بدار الحرب (ثم رجع) إلى دار الإسلام (وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة ردعليهم لأن الأول مال لم يجرفيه الإرث) فهو مال الحربي ، وإذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة (والثاني)أي المال الثاني (انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه ، وكان الوارث مالكاً قديماً) والمالك القديم إذا وجد ماله في القسمة أخذه مجاناً ، فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسألة بحالها ففي ظاهر الرواية رد على الورثة أيضاً،لأنه شيء لحق بدار الحرب الحرب فالظاهر أنه لا يعود ، فكان ميتاً ظاهراً . وفي بعض روايات السير يكون فيئاً لا حق للورثة فيه، لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء .

(وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة) خلافاً للأئمة الثلاثة (والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه

لا وجـــه إلى بطـلان الكتابة لنفوذهـا بدليـل منفـذ فجعلنـا الوارث الذي هو يـكون خلفـه كالوكيـل من جهتـــه وحقوق العقد فيه ترجـع إلى الموكل والولاء لمن يقـع العتق عنه . وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعاً ، لأن العواقل لا تعقـل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله ، وعندهما الكسبان جميعاً ماله

لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) أو أدبه قضاء القاضي باللحاق (فجعلنا الوارث الذي) هو ابن المرتد الذي (هو يكون خلفه) أي خلف أبيه المرتد (كالوكيل من جهته) أي من جهة المرتد لأنه لما لحق بدار الحرب صار كأنه سلط أبيه على مـــاله وجعله خلفاً عنه في التصرف ، فلما عاد ثبت حكم الإحياء وبطل حكم الموت ولم يفسخ الكتابة لما ذكرنا ، وكان بدل الكتابة لأن أبيه كالوكيل من جهته (وحقوق العقد فيه) أي في عقد الكتابة (ترجع إلى الموكل) لا إلى الوكيل (والولاء لمن يقع العتق عنه) ولم يقع إلا عن المرتد الذي أسلم فيكون الولد ولده بخلاف ما إذا أدى بدل الكتابة للوارث فان الولاء حينئذ تكون للوارث لوقوع العتق عنه ، وبخلاف ما لو رجـــع بعد عتق المكاتب ، فان الولاء فيه للابن أيضاً .

(وإذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية) أي دية القتيل (في مال اكتسبه في حال الأسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالا) أي قال أبويوسف ومحمد (الدية فيما اكتسبه) أي يجب فيما اكتسبه (في حال الإسلام فالردة) في بعض النسخ جميعاً ، وبقولهما قالت الثلاثة . وكذا لو كان حياً في دار الإسلام فالدية في مـــاله (لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة) لأن العقل بمعنى النصرة ، والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد (فتكون) أي الدية (في ماله) أي في مال المرتد القاتل لانعدام النصرة (وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (الكسبان جميعاً) أي كسب الإسلام وكسب المرتد (ماله)

لنفوذ تصرفاته في الحالين . ولهـــذا يجري الارث فيهما عندهما ، وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ، ولهذا كان الأول ميراثاً عنه ، والثاني فيئاً عنده . وإذا قطعت يـــد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة ، أمـــا الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت ،

أي مال المرتد (لنفوذ تصرفاته في الحالين) أي في حال كسب الإسلام وحال الردة (ولهذا) إيضاح لما قبله (يجري الإرث فيهما) أي في كسب الإسلام وكسب الردة (عندهمـــا) أي عند أبي يوسف ومحمد .

(وعنده) أي وعند أبي حنيفة «رح» (ماله المكتسب في الإسلام) أي مال المرتد هو الذي اكتسبه في الإسلام دون الذي اكتسبه في الردة . فقوله مـــال مبتدأ ، وقوله المكتسب خبره وليس بصفـــة له إذ المعنى لا يستقيم على تقدير الصفة وكان حق التركيب أن يقول بضمير الفصل حتى لا يتوهم الصفة كما في قوله تعالى ﴿ والكافرون هم الظالمون ﴾ (لنفاذ تصرفه فيه) في كسب الإسلام (دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه) في كسب الردة (ولهذا) إيضاح لقوله وماله الكسب في الإسلام (كان الأول) أي كسب الإسلام (ميراثاً عنه) أي عن المرتد . (والثاني) أي كسب الردة أي كان كسب الردة (فيئاً) أي غنيمة (عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مـــات على ردته من ذلك) أي من القطع (أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك) أي من القطع (فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) أي لورثة المقطوع يده (أما الأول) أي الوجه الأول وهو ما إذا مات على ردتة (فلأن السراية) أي سراية القطع إلى الموت (حلت محـــلا غـــير معصوم فأهدرت) يعني هدر اعتبارها فلم يجب دية النفس لأنها فور ما حصل في حال لا

بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك ، لأن الاهدار لا يلحقه الاعتبار ، أما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة . وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعنـــاه إذا قضى بلحاقه فلأنه صار ميتاً تقديراً ، والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثه في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى ،

قيمة لها ، ولم يجب القصاص في اليد ، لأن اعتراض الردة فصار شبهة ، فإذا لم يجب القطع وجبت دية اليد وهي نصف دية النفس ، لأن قطع اليد حصل في حال عصمة اليد وهي في حالة الإسلام ، وإنما كانت الدية في ماله لكون القطع عمداً، أما إذا كان خطأ فقال الحاكم هي في ء على عاقلته .

(بخلاف ما إذاقطعت يد المرتـــد ثم أسلم فمات من ذلك) يعني لا يجب الضمان أصلاً (لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني الجناية إذا صارت هدراً لا يلحقه الاعتبار بعد ذلك ، يعني إذا لم يقطع معتبراً ابتداء لا يتغلب معتبراً بعد ذلك ، لأن غـــير الموجب لا يتغلب موجباً (أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء ، فكذا بالردة) أي فكذا يهدر بالردة ، وكذا بالاعتاق وبالبيع أيضاً ، حتى لو قطع عبد يد إنسان ثم باعه المولى ثم رد عليـــه نصيبه ثم مات فلا يضمن البائع ضمان النفس ، لأنه لما باعه فقد أبرأه عن ضمان السرايـة من حيث البيع .

(وأما الثاني) أي الوجه الثاني (هو ما إذا لحق) بدار الحرب (ومعناه إذا قضى بلحاقه فلأنه) أي فلأن المرتـد اللاحق (صار ميتاً تقديراً) من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة (والموت يقطع السراية) لأن القاضي لما قضى بالحلف صار ميتاً حكماً كما ذكرنا (وإسلامه) بعد ذلك (حياة حادثة في التقدير) لأنها نفس أخرى (فلا يعود حـــكم الجناية الأولى) وأورد الولوالجي في فتاواه في هذا الفصل عن أبي يوسف روايتين في رواية يضمن دية النفس ، وفي رواية لا يضمن . وأما إذا عاد مسلماً بعـــد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير لا نص فيـه . ثم قال

فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى.

قال فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد وزفر « رح » في جميع ذلك نصف الدية ، لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام إلى الضمان ، كما إذا قطع يد مرتد فأسلم . ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس ، كما إذا لم يتخلل الردة ، وهذا لأن لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية ، وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب ،

وهو على الاختلاف يعني عند محمد يجب نصف الدية . وعند صاحبيه يجب دية النفس كاملة وإليه أشار المصنف بقوله (فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى) أشار به إلى المسألة التي تلي قوله وإذا لم يقض ... إلى آخره وهو قوله :

(قال فإن لم يلحق) أي دار الحرب (وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد وزفر «رح» في جميع ذلك نصف الدية) أي فيما إذا مات على ردته أو لحق ثم جاء مسلماً أو لم يلحق وأسلم (لأن اعتراض الردة أهدر السراية ، فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان) لأنه بعد الإرتداد صار بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء ، فصارت الردة مهدرة كما في قوله من القطع ، وصار (كما إذا قطع يد مرتد فأسلم) سوايات من القطع أو لم يمت ، حيث لا يجب ضمان النفس في الأول ، ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الأصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه) أي في محل معصوم كأنه كان في الحالين مسلماً (فيجب ضمان النفس) وهو الدية الكاملة (كما إذا لم يتخلل الردة) وبه قالت الأئمة الثلاثة (وهذا لأنه لا يعتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية ، وإنما المعتبر قيامها) أي قيام العصمة (في حال انعقاد السبب) وهو

وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله ، وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ بماله وأبى إن يسلم فقتل ، فإنه يوفى مولاه ومكاتبة ، وما بقي فلورثته ، وهذا ظاهر على أصلهما ، لأن كسب الردة ملكه إذا

ضمان الجناية (وفي حال ثبوت الحكم) يوجب الضمان (وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله) أي من حال انعقاد السبب من حال ثبوت الحكم ، ولا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة ، كما لا يعتبر بنقصان الحول في الزكاة. وقال ابن دريد أي من هدر الأمر بمعزل، أي ليفسخ.

(وصار كقيام الملك في حالة بقاء اليمين) يعني إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أعاد على عدم الملك عند اليمين أو عند الجناية ثم يعتق ، وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بإبراء ولا مستلزم ، لأنها وضعت لتبديل الدين ، وتصح من غير إبراء ، لأنه إذا مات على المرتدة لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة، بخلاف بيع العبد المجنى عليه ، لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه. فإذا قطع الأصل قصداً فقد قطع التبدل أيضاً ، فصار كالإبراء . ولم يذكر في الكتاب ما إذا ارتد يقتل أو مات المقطوع يده بالسراية مسلماً فقال في الشامل إذا كان عمداً فلا شيء عليه ، لأن القاتل مات وإن كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس ، لأن الجناية انعقدت موجبة للفعل ، لأن الجاني كان مسلماً يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية في حال ردته كانت في ماله .

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ أسيراً بماله وأبى) أي امتنع (أن يسلم فقتل فإنه) أي فان الحكم (يوفى) على صيغة المجهول من وفاء حقه فالشديد إذا أعطاه وأن (مولاه ومكاتبه) أي بدل الكتابة من ماله (وما بقي) بعد ذلك (فلورثته) أي فلورثة المكاتب (وهذا ظاهر على أصلهما) أي هذا المذكور من الحكم ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد (لأن كسب الردة ملكه) أي ملك المرتد (إذا

كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً . وأما عند أبي حنيفة « رح » فلأن المكاتب إنما يملك إكسابه بالكتابة ، والكتابة لا تتوقف بالردة ، فكذا اكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى بطريق الأولى . وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد

كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً) يكون كسباً له .

(وأما عند أبي حنيفة) يعني هذا مشكل على قول أبي حنيفة ، لأن كسب الردة لا يكون للمرتد عنده إذا كان حراً ، وها هنا جعله ملكاً للمكاتب ، ويحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعله كسبه ملكاً له إذا كان حراً وجعله ملكاً له إذا كان مكاتباً،ووجه الفرق ماذكره بقوله (فلأن المكاتب إنما يملك اكسابه بالكتابة) أي بعقد الكتابة (والكتابة) أي والكتابة (لاتتوقف بالردة) أي لا يبطل بها،لأنه لا يبطل بحقيقة الموت ، فكذا بالموت حكماً بلحوقه في دار الحرب فتكون مكاتبة فمكاتب الإسلام وجعل كأنه فى دار الإسلام ، اذ قيام ملك المولى في رقبته يمنع ضرورته حربياً ويجعل في حكم الرد ، وفي دار الإسلام كذا في جامع شمس الأئمة وقاضي خان . واذا لم يتوقف عقد الكتابة بالردة (فكذا اكسابه) الحاصلة لا يوقف ، واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى) وهو الردة (بطريق الأولى) وانما كان الرق أقوى من الردة فى المانعيــة عن التصرف ، لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاد والطلاق ، وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما . فأما العبد فممنوع من التصرفات كلها ثم لما يتوقف تصرفات المكاتب مــع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى .

(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقاً بـدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب) وقيد الحبل بدار الحرب وقع اتفاقاً ، وإن حبلت في دار الإسلام فكذلك الحكم (وولدت ولداً وولد لولدهما ولد فظهر) بضم الظاء ، أي فغلب (عليهم جميعاً فالولدان

لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الاسلام ، ولا يجبر ولد الولد . وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه يجبر تبعاً للجـــد وأصله التبعية في الاسلام وهي رابعة أربعة مسائل كلها على الروايتين ، والثانية صدقة الفطر ، والثالثة جر الولاء ،

فيء) أي الولد وولد الولد غنيمة (لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها) لأن الولد يتبـــع الأم في الرق والحرية فيكون فيئاً كالمجيء(ويجبر الولد الأول على الإسلام) باجماع الأئمة الأربعة بعد أن يصير محرراً تبعاً لأبيه (ولا يجبر ولد الولد) لأن الأولاد يتبعون الآباء في الدين والأحفاد ولا يتبعون الأجداد .

(وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه) أي أن ولد الولد (يجبر) على الإسلام (تبعـاً للجد) لأن الجد لا حكم الأب في انكاح الصغير والصغيرة ، ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ ، وكذلك في بيع مال الصغير ، فكذا في تبعية الإسلام (وأصله التبعية في الإسلام) أي أصل الخلاف التبعية في الإسلام (وهي) أن التبعية في الاسلام(رابعة أربعة مسائل) أي أربع مسائل ، حاصل معناه إحدى أربع مسائل . والفرق بين رابع ثلاثة وبـــين رابع أربعة هو أن معنى الأول يصير الثلاثة أربعـــة . ومعنى الثاني أحدهما لا يحصل الحاصل بحال فلا يتحقق معنى التصيير (كلها على الروايتين) أي كل هذه الأربعـــة على الروايتين ،أحدهما ظاهر الرواية ، والأخرى رواية الحسن فالجد فيها على رواية كالأب ، وفي ظاهر الرواية .

(والثانية) أي المسألة الثانية (صدقة الفطر) ولا في ظاهر الرواية لا يؤدي الجـد صدقة الفطر عن ابن أبيه. وفي روية الحسن يؤديها إذا لم تكن لابن الابن مالكاً لأب لكن إذا كان الاب فقيراً .

(والثالثة) أي المسألة الثالثة (جر الولاء) قال الحـــاكم الشهيد في الكافي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء يعني إذا أعتق الجد والحافد معتق والاب رقيق

والاخرى الوصية للقرابة ، قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويجبر على الاسلام ولا يقتـــل ، وإسلامه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كافرين . وقال أبو يوسف « رح » ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام . وقال زفر والشافعي « رح » إسلامـــه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انـه تبـع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً ، ولانـــه يلزمه أحكاماً يشوبها المضرة

لا يجر ولاء الحافد إلى مولاه . وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء لاب إذا أعتق . ونقل الحاكم في الكافي عن الشعبي انه إذا أعتق الجد جر الولاء .

(والاخرى) أي المسألة الاخرى وهي الرابعة (الوصية للقرابة) فاذا وصى لقرابته أو لاقربائه لا يدخل في الوصية الوالد ، لان الله تعالى جعله أقرب من القربة ، قال الله تعالى الوصية للوالدين والاقربين ، ثم الجد لا يدخل أيضاً على رواية الحسن ، لانه كالاب . وعلى ظاهر الرواية يدخل لانه ليس كالاب .

(قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني إذا ارتد يصير مرتـــداً (عند أبي حنيفة ومحمد «رح») وبه قال مالك وأحمد (ويجبر على الاسلام ولا يقتل وإسلامه) أي وإسلام الصبي الذي يعقل (إسلام) أي معتد به (ولا يرث أبويه إن كانا كافرين . وقال أبو يوسف «رح» إرتداده ليس بارتداد) يعني ليس بمعتبر (واسلامه اسلام . وقال زفر والشافعي «رح» اسلامه ليس باسلام ، وارتداده ليس بارتداد) يعتبر كلاهما لايعتبر الآن .

(لهما) أي لزفر والشافعي (في الاسلام انه تبع لابويه فيه) أي في الاسلام (فـلا يجعل أصلاً) لأنه مولى عليه في الإسلام ، فلا يكون أصلا له بنفسه (ولانــه) أي ولأن الصبي (يلزمه أحكاماً يشوبها) من الشوب وهو الخلط ، يقال شاب الماء اللبن وهي جملة من الفعل والمفعول ، وقوله (المضرة) فاعل الجملة لحرمان الميراث ونحوه والصبي أهل الوجه لا المضرة ، فلا يعتبر إسلامه بلزوم المضرة ، ولأن قول الصبي غير مستلزم ، ألا ترى أنه

فلا يؤهـــل له . ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانـه أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه ، لان الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف ، والحقائق لا ترد ومـــا يتعلق به سعادة أبدية

لو طلق أو علق أو باع أو اشترى لا يجوز ، فكذا إذا أسلم أو ارتد (فلا يؤهل له) أي فلا يجعل الصبي أهلا للاسلام (ولنا فيه) أي في اعتداد الإسلام الصبي (أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام) وعن عروة ، أي عمره كان حين أسلم سبع سنين أو ثمان سنين . وروى ابن سعد في الطبقات باسناده عن مجاهد ، قال أول من صلى عـــلي رضي الله عنه وهـــو ابن عشر سنين . وعن محمد بن عبد الرحمن بن ذرارة قال أسلم علي رضي الله عنه وهو ابن تسع سنين ولم يعبد وثناً . وقال ابن الجوزي في التحقيق وروي عن أحمد رضي الله عنه أسلم علي وهو ابن ثمان سنين ، وروي عنه أيضاً أنه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة ولم يصح هذا . وقال والنصوص عن أحمد صحة إسلام الصبي ابن سبع سنين ، فقال إذا بلغ الغلام سبع سنين جاز إسلامه ، ويجبر على الإسلام إذا كان أحد أبويه مسلماً ، فإن رجع عن الإسلام انتظر به حتى يبلغ ، فان أسلم وإلا قتل (إسلامه وافتخاره بذلك مشهور) أي و فتخار علي رضي الله عنه باسلامه مشهور ، وقد قاله سيتكلم إلى الاسلام طراز ما تلا بلغت أو إن حكى [1] .

(ولأن الصبي أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والإقرار معه) وهو ركن الايمان ، لأن الايمان هو التصديق بالجنان والاقرار باللسان ، فلذا حصل ذلك والحجر عن الايمان كفر (لأن الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف) في علم الكلام (والحقائق لا ترد) لأن الشرع ما يسقط اعتبار حقيقة في موضع ما يغير ضرورة ، بخلاف الأقارير والطلاق ، لأن الشرع أسقط اعتبار حقيقتها ببعض الأعذار (وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز أن

---

(١) هذا سياق الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

ونجاة عقباويه ، وهي من أجل المنافع وهو الحكم الاصلي ، ثم يبتنى عليه غيرها ، فلا يبالى لثبوته ، ولهم في الردة أنها مضرة محضة ، بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف ، لانه تعلق به أعلى المنافع على ما مر .

يكون معطوفاً على التصديق ، أي هو التصديق وهو ما يتعلق . ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الأصلي على تقدير أن يكون بغير ، ويجوز أن يكون وما يتعلق به مبتدأ ، وقوله سعادة أبدية خبره وهو الأولى ، وهو جواب عن قولهما ولأنه يلزمه أحكام تشوبها المضرة .

وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فيء ، لأنه لا نقل في الايمان . ومن ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً به وهو غير مخاطب باتفاق ، فاذا لم تكن بصحيحة فرضاً لم تصح ، بخلاف سائر العبادات ، فانه يتردد بين الفرض والنفل . والجواب لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً ، فان المسافر إذا حضر جمعة وصلى فرضاً وليس بمخاطب به ، ومن صلى في أول الوقت وقع فرضاً وليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت .

(ونجاة عقباويه) نسبته إلى عقبين ، وعقبى كل شيء (وهي) أي السعادة الأبدية (من أجل المنافع) أي من أعظمها (وهو الحكم الأصلي) أي الموضوع له (ثم يبتنى عليه غيرها) مثل حرمان الميراث (فلا يبالى لثبوته) لأن المنظور إليه في التصرفات الموضوعة الأصلية . وقال تاج الشريعة المراد من الحكم الأصلي ما وضع ذلك الشيء لأجله ، وأما ما ذكر من لزوم أحكام تشوبها المضره فكذلك أمابرة وعزاته [1] ، والشيء فدخلوا عنها أما لا يخلو عن حكم الأصلي .

(ولهم) أي لأبي يوسف وزفر والشافعي (في الردة أنها) أي أن الردة (مضرة محضة) أي من التصرفات الضارة المحضة (بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف «رح» لأنه معلق به) أي بالاسلام (أعلى المنافع) لأنه منفعة محضة (على ما مر) وهو قوله وهي

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل .

ولأبي حنيفة محمد « رح » فيها أنها موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل ، لأنه عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة ، وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

من أجل المنافع ، والمقصود به فوز السعادة الأبدية . ومذهب أبي يوسف وهو القياس في الردة .

(ولأبي حنيفة ومحمد «رح» أنها) أي أن الردة (موجودة حقيقة ،ولا مردللحقيقة كما قلنا في الاسلام ، إلا أنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له) واعترض بأن هذا اعتبار بما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة ، وذلك جمع بين السببين بالقياس فرق الشارع بينهما ، ومثله فاسد على ما عرف في الأصول . وأجيب بأن هذا قياس فيها لوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم أن الشارع فرق بينهما (ولا يقتل لأنه) أي لأن القتل ، لأنه (عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم)أي لأجل الترحم عليهم . قيل في هذا التعليل نظر ، لأنه سقط عقوبة القتل من الصبي المرتد باعتبار الرحمة بصباه ، وما أسقط عقوبة النار مخلداً فانه ذكر في الأسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي أنه يعاقب بالردة يوم القيامة . وأحال التمرتاشي هذه الرواية إلى التبصرة وفيه تأمل .

(وهذا) أي وهذا الخلاف (في ارتداد الصبي الذي يعقل، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة) لعدم تمييزه(وكذا) أي لا يصح ارتداد (المجنون والسكران الذي لا يعقل) وقال في شرح الطحاوي ارتداد السكران لا يكون ارتداد ولا تبين منه امرأته . وروي عن أبي يوسف أنه قال تبين امرأته وعقوده نافذة ، وطلاقه واقع إلا على قول عثمان رضي الله عنه لا يقع طلاقه .

فروع : تقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر لا

نعلم أحداً خالفهم إلا الحسن ، فانه قال لا يقبل في القتل إلا أربعة قياساً على الزنا. وقيل المرتد إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعي في وجه في العبد إلى سيده ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد ، وإن لحق أولاً ، وبه قال الثوري ومالك وأحمد في رواية . وقال الشافعي وأحمد أقيم عليه الحد سواء الحق بدار الحرب أولا . ولا تقبل توبة الشاعر في رواية ، وبه قال مالك وأحمد ولا تقبل توبة الزنديق . وقال مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد في رواية تقبل توبة كل مرتد سواء كان كفره مما سقط هو به وأهله أو مما نيط به أهله كالزندقة والتعطيل .

ثم للسحر حقيقة وله تأثير في آلام الأجسام . وقال بعض أصحاب الشافعي وبعض الظاهرية لا تأثير في الجسم ولا حقيقة له ، وإنما هو تخييل وتعليمه حرام ، وكذا تعلمه بلا خلاف من أهل العلم . ولو اعتقد اباحته كفر .وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر لتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو لا ويقتل. وكذا روي عن عمر وعثمان وابن عمر وجنيد ابن عبد الله وأحمد بن كعب وقيس بن سالم وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم فإنهم قتلوه . وعن الشافعي لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته .

وأما الكاهن هو الساحر ، وقيل هو العراف الذي يحدث ويحرض. وقيل هو الذي له وذي من الجن يأتيه بالأخبار. وقال أصحابنا إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر ، وإن اعتقد أنه يحل لم يكفر . وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة وانها تفعل بالتيمن يكفر . وعند أحمد حكمه حكم الساحر ، في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن ، وبالله التوفيق .

★ ★ ★

باب البغـــاة

(باب البغـــاة)

أي هذا باب في بيان أحكام البغاة ، وهو جمع باغ كقضاة جمع قاض ، من البغي وهو الخروج عن طاعة الإمام . وأصل البغي الطلب ، قال ما كنا نبغي ، أي ما كنا نطلب ما لا يجوز شرعاً . وقال تاج الشريعة رحمه الله البغي التعدي ، وبغي الموالي ظلم،وكل مجاوزة وإفراط على المقدار الذي هو حد الشرع فهو بغي . وفي كتاب أهل الشرع الخروج عن طاعة الإمام . وقال الأترازي المراد من البغاة الخوارج، ولهذا ذكر هذا الباب في المبسوط بيان الخوارج . وقال في فصول الأستروشي لا بد من معرفة أهل البغي . فأهل البغي هم الخارجون على إمام الحق بغير حق . بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا على إمامهم وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين ، فإن فعلوا الظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهـــل البغي ، وعليه أن يترك الظالم ينصفهم ، ولا ينبغي للناس أن يمينوا ، لأن فيه إعانة على الظلم ، وأن لا يمينوا تلك الطائفة على الإمام أيضاً ، لأن فيه إعانة لهم على خروجهم على الإمام وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ، ولكن ادعوا الحوق الولاية فقالوا الحق معنا فهـم أهل البغي ، فعلى كل من تقوى على القتال أن ينصروا إمام المسلمين على هؤلاء الخارجـين لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع ، فإنه قال عليه السلام الفتنة نائمـة ، لعن الله مـــن أيقظها ، فان كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعـــد فليس للامام أن يتعرض لهم ، لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد ، كذا ذكر في واقعات الإمام اللاسي .

وذكر العلامة في تهذيبه قال بعض المشايخ لولا علي رضي الله عنه ما درئنا القتال مع أهل القبلة ، وكان علي رضي الله عنه وممن تبعه من أهل العدل وخصمه من تبعه من أهل البغي وفي زماننا الحكم للقبلة ، ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا ، إلى هنا لفظ كتاب الفصول .

وقال الكاكي ثم أعلم أن طاعة الإمام الحق هو الذي أجمع عليـــه المسلمون أو من

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم ، لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم

تثبت إمامته بعد إمام الحق واجب وكل من خرج عليه قتاله لقوله عليه السلام من أعطى إماماً صفحة يده وثمرة قلبه فليعطه ما استطاع ، فان جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر ، رواه مسلم وأجمعت الأمة على تكفير البغاة ، وأكثر الفقهاء على عدم جواز تكفيرهم. وفي المحيط في تكفير أهل البدع كلام ، فبعض العلماء لا يكفرون أحداً منهم أو بعضهم يكفرون البعض ، وهو أن كل بدعة تخالف دليلا قطعياً فهو كفر ، وكل بدعة لا تخالف دليلا قطعياً يوجب العلم فهو بدعة ضلالة وعليه اعتمد جماعة أهل السنة والجماعة .

(وإذا تغلب) مرة قومهم تغلب على بلد كذا أي استولى عليه قهراً (قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم) أي الإمام (إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) وقال الطحاوي في مختصره وإذا ظهرت جماعة من أهل القبلة داعياً وقاتلت عليه وصار لها منعة ليست عما دعاها إلى الخروج فان ذكرت ظلماً أنصفت من ظالمها وإلا دعيت إلى الخروج إلى بدعة . وقال أبو بكر الرازي في شرحه وإنما سئلت عن ذلك لجواز أن يكون خروجها للامتناع من ظلم جرى عليها أو على غيرها . وإن كانوا ممتنعين من الظلم محقون لا يجب قتالهم ، بل يجب معاونتهم لأنهم حينئذ خرجوا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . فاذا علم أن خروجهم لم يكن لظلم لحقهم أو لحق غيرهم دعوا إلى الجماعة والدخول في طاعة الإمام . والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ﴾ ... الآية ٩ الحجرات ، فأسندنا من هذه الآية حكمين ، أحدهما ما كان لنا طمع في استصلاحهم ورجوعهم فعلينا أن ندعوهم ونستصلحهم ، لقوله تعالى ﴿ فاصلحوا بينهما ﴾ والثاني انهم إذا لم يجيبوا إلى الصلح والرجوع وأظهر البغي وجب علينا قتالهم .

(لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم) هذا رواه النسائي في سننه الكبير . وفي خصائص علي رضي الله عنه قال أخبرنا عمرو بن علي حدثنا عبد

الرحمن بن مهدي حدثنا عكرمة بن عمار حدثني أبو سهيل كال الحنفي حدثني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما [1] قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف ، فقلت لعلي يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة يعني أكلم هؤلاء القوم ، فقال إني أخافهم عليك، فقلت كلا ، فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحباً بك يا ابن عباس ، ماجاء بك فقلت أتيتكم من عند أصحاب النبي ﷺ المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي ﷺ وصهره وعليهم نزل القرآن فهم أعلم بتأويله وليس فيكم منهم أحد لابلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون ، فانتحى لي نفر منهم . قلت هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله ﷺ وابن عمه وختنه وأول من آمن به ، قالوا ثلاث ، قلت ما هي ، قالوا إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ﴿ ان الحكم إلا لله ﴾ ، قلت هذه واحدة . قالوا وأما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم، فان كانوا كفاراً فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم، وإن كانوا مؤمنين فقد حرمت علينادماؤهم، قلت هذه أخرى . قالوا وأما الثالثة فانه محا نفسه من أمير المؤمنين ، فان لم يكن أمير المؤمنين فهو أمير الكافرين . قلت هل عندكم شيء غير هذا ، قالوا حسبنا هذا ، قلت لهم أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله عز وجل وحدثتكم من سنة نبيه ﷺ ما يرد قولكم هذا أترجعون . قالوا اللهم نعم .

قلت أما قولكم إنه حكم الرجال في دين الله عز وجل فأنا أقرأ عليكم أن الله تعالى حكمه إلى الرجال فتىوفي النساء في ربع درهم [2]، قال الله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ إلى قوله ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ . وقال في المرأة وزوجها ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ أنشدكم الله أحكم

---

(١) في الأصل هذه المأثرة ناقصة وفيها أخطاء لو أثبتناها كما هي لتعسر فهم الكلام ، لهذا صححنا من كتاب شرح فتح القدير ، اهـ مصححه .

(٢) السياق الذي ورد في شرح فتح القدير هو — أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم — اهـ مصححه .

ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ بـــه ولا يبدأ بقتـال حتى يبدؤوه ، فـإن بدؤوه قاتلهـم حتى يفرق جمعهـم .

قال العبـــد الضعيف

الرجال في حق دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم ، قال أخرجت من هـــذه ، قالوا اللهم نعم .

قلت وأما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة رضي الله عنهـا فلستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم ، لئن فعلتم لقـــد كفرتم ، وإن قلتم ليس أمنا فقد كفرتم ، قال الله تعالى﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه امهاتهم﴾ فأنتم بين ضلالتين فاتوا منها بمخرج ، أخرجت من هذه الأخرى ، قالوا اللهم نعم .

قلت وأما قولكم انه محا نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله ﷺ دعا قريش يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتاباً فقال أكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله ، فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت وقاتلناك ، ولكن اكتب محمد بن عبد الله ، فقال والله إني لرسول الله وإن كذبتموني ، يا على اكتب محمد بن عبدالله ، فرسول الله خير من علي ، وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محواً من النبوة ، أخرجت من هذه الأخرى ، فقالوا اللهم نعم ،فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم ، فقتلهم المهاجرون والأنصار .

ورواه ابن عبد الرزاق في مصنفه وقال في آخره فرجع منهم عشرون ألفـــاً وبقي أربعة آلاف فقتلوا على ضلالتهم . وحروراء بفتح الحاء المهملة تمد وتقصر قرية بالكوفـة كان لها إجماع الخوارج فنسبو إليها ، يقال فلان حروري من الحرورية .

(ولأنه) كشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة (أهون الأمرين) أحدهما الدعوة إلى الجماعة والآخر القتال (ولعل الشر يندفع به) أي يكشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة . في المبسوط الأحسن أن يقدم ذلك على القتال ، لأن الكي آخر الدواء (فيبدأ بـه) أي يكشف الشبهة مع الدعوة (ولا يبدأ) أي الإمام (بقتال) البغاة القتال (حتى يبدؤوه ، فان بدؤوه) أي القتال (قاتلهم حتى يفرق جمعهـم . قال العبد الضعيف) أي المصنف

هكذا ذكره القدوري في مختصره . وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي « رح » لا يجوز حتى يبدؤونا بالقتال حقيقة ، لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون ، بخلاف الكافر ، لأن نفس الكفر مبيح عنده . ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع ، هذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم وربما لا يمكنه الدفع

رحمه الله (هكذا ذكره القدوري في مختصره ، وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ) أي الإمام (بقتالهم) أي بقتال البغاة (إذا تعسكروا واجتمعوا) الإمام خواهر زاده هو الامام أبو بكر محمد الحسين البخاري ، وسمي خواهر زاده لأنه كان ابن أخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند صاحب الذخيرة والمبسوط والايضاح،وكان خواهر زاده إماماً كاملا في الفقه بحراً غزيراً صاحب التصانيف ومبسوطه أطول المباسيط ، مات في سنة ثمان وثمانين وأربعماية وهى السنة التي توفي فيها شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وكانت وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين وأربعماية .

(وقال الشافعي «رح» لا يجوز) بدء بقتالهم (حتى يبدأوا بالقتال حقيقة) وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأنه لا يجوز قتل المسلم) وفي بعض النسخ لا يحل قتل المسلم (إلا دفعاً) لقتالهم (وهم مسلمون) أي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى ﴿ فان بغت إحداهما ﴾ ٩ الحجرات ، أي إحدى الطائفتين من المؤمنين، وقد سمى البغاة مؤمنين (بخلاف الكافر ، لأن نفس الكفر مبيح عنده) أي عند الشافعي ، يعني أن علة إباحة القتال وهي الكفر عنده ، وعندنا العلة هو الحراب .

(ولنا أن الحكم يدار على الدليل) أي دليل القتال (وهو الاجتماع والامتناع) يعني إذا اجتمعوا فصارت لهم صنعة دفعهم بالقتال (وهذا) يعني دوران الحكم على الدليل (لأنه) أي لأن الشأن (لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ، وربما لا يمكنه الدفع) أي

فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم . وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الامكان . والمروي عن أبي حنيفة «رح» من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام، أما إعانة الإمام

دفعهم بحصول الشركة لهم والقوة على المؤمنين ، فإذا كان الأمر كذلك (فيدار الحكم على الدليل) أي دليل قتالهم وهو شجرهم واجتماعهم (ضرورة) أي لأجل الضرورة (دفع شرهم) وفي المبسوط والايضاح فحالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ، ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز من قتال أهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم والبيان بالنبل ، لأن قتالهم حينئذ فرض كقتال أهل الحرب والمرتدين . وعند الأئمة الثلاثة قتالهم بالمنجنيق وإرسال الماء والنار لا يجوز إلا إذا لم يندفعوا بدونه .

(وإذا بلغه) أي الامام (أنهم) أي أن البغاة (يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم) أي الامام (ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك) أي حتى يمنعوا عما قصدوه ، ويقلعوا بضم الياء من الاقلاع وهو الامتناع، ومنه قوله ﷺ اقلعوا عن المعاصي قبل أن يأخذكم الله (ويحدثوا توبة) بضم الياء، أي يحدثوا توبة بما هم فيه (دفعاً للشر بقدر الامكان) أي لأجل دفع شرهم بحسب امكانهم .

(والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام) بيان ذلك أن الشيخ أبا الحسن الكرخي قال في مختصره قال الحسن بن زياد وقال أبو حنيفة إذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة ، لقوله عليه السلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار . وقال المصنف هذا محمول على حال عدم الامام الداعي إلى القتال ، أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام كانوا آمنين به وإسلامه ، فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرة لامام المسلمين. أشار إليه بقوله (أما إعانة الامام الحق فمن الواجب)لقوله

الحق فمن الواجب عند الغنـــاء والقدرة ، فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا بهم . وإن لم يكن لهم فئـــة لم يجهز على جريحهم ولم يتبـع موليهم لاندفاع الشر دونه . وقال الشافعي « رح » لا يجوز ذلك في الحالين ، لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعـاً ، وجوابـــه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته

تعالى ﴿ فقاتلوا التي تبغي ﴾ ... الآية ٩ الحجرات ، فان الأمر للوجوب (عند الغناء) بفتح الغين المعجمة وبالمد ، وهو الكفاية (والقدرة) بالجر عطفاً على ما قبله ، ويجوز أن يكون العطف للتفسير .

فان قلت روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم قعودهم وترك الاعانة . قلت هو أيضاً محمول ، ولكن على عدم قدرتهم على القتال ، والعاجز يلزمه الحضور .

(فان كانت لهم فئة) أي جماعة غير المصدرين للقتال (أجهز) على صيغة المجهول من أجهزت (على جريحهم) إذا أسر عن قتله وقد تممت عليه ، يعني كان مجروحـاً أشرف على الموت قيمة (واتبع موليهم) على صيغة المجهول أيضاً وبكسر اللام وسكون الياء ، وهو الذي يولي ويهرب خوفاً بنفسه (دفعاً لشرهم) أي لأجل دفع شر البغـــاة (كيلا يلتحقوا) أي الجريح والمولى (بهم) أي البغاة فيميلان إليهم (وإن لم يكن لهم فئـــة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) وكلا اللفظين أيضاً على صيغة المجهول (لاندفاع الشر دونه) أي دون إجهاز جريحهم واتباع موليهم .

(وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين) أي فيما إذا كانت لهم فئة ، وإن لم يكن لهم فئة (لان القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً) للشر ، لان شرهم قد اندفع فلا حاجة إلى الامتناع ، وهذا لانه قتال على وجه الدفع ، فصار كقتال غير الخوارج .

(وجوابه) أي جواب الشافعي (ما ذكرناه أن المعتبر دليله) أي دليل القتال وهو الاجماع (لا حقيقته) أي لا حقيقة القتال ، وبقولنا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي

ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال ، لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة في هذا الباب . وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ،

(ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال) يوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة مع علي رضى الله عنها ، وذلك ان عثمان رضى الله عنه لما قتل يوم الجمعة لثمان عشرة ليلة مضت من ذى الحجة سنة خمس وثلاثين بويع لعلي رضى الله تعالى عنه بالمدينة بالخلافة يوم قتل عثمان ، بايعه من كان في المدينة من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم وفيهم طلحة وزيد ، وذكر أنهما بايعاه كارهين غير طائعين ، فخرجا من مكة ومعهما عائشة إلى البصرة يطالبون بدم عثمان ، وبلغ علياً ذلك فخرج من المدينة إلى العراق وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي إلى الكوفة يستنصر أهلها بالمسير معه ، فقدموا عليه فانزلهم البصرة فلقى طلحة والزبير وعائشة ومن معهم من أهل البصرة وغيرهم ، فوقع بينهم قتال عظيم فظنوهم قتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما ، وبلغت القتلى ثلاثة عشر ألف قتيل . وإنما سمى يوم الجمل لان عائشة كانت يومئذ على جمل يسمى عكر .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبدة بن سليمان عن جرير عن الضحاك أن علياً رضى الله عنه لما هزم طلحة والزبير وأصحابهما أمر منادياً فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر ، ولا يفتح باب ، ولا يقل قرح [1] ولا مال . قوله ولا يكشف ستر ، أى لا يسبى نساؤهم وهو القدوة عن علي رضى الله عنه .

(وهو الذي يقتدى به في هذا الباب) أى في باب قتال الخوارج (وقوله) أى قول علي رضي الله عنه (في الأسير) أى ولا يقتل أسير (تأويله) أى تأويل كلامه (إذا لم يكن لهم فئة ، فان كانت يقتل الإمام الأسير ، وإن شاء حبسه لما ذكرنا) أى عند قوله

---

(١) هكذا الكلام في الاصل .

ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمـــال ، ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتـــاج المسلمون إليه . وقال الشافعي « رح » لا يجوز ، والكراع على هذا الخلاف . له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بـــين أصحـابه بالبصرة ، وكانت قسمتـه للحاجـة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ، ففي مال الباغي أولى . والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى .

ويحبسهم إلى قوله دفعاً لشرهم ، وعند الأئمة الثلاثة لا يقتل الأسير بل يحبسه (ولأنهم) أي ولأن البغاة (مسلمون ، والإسلام يعصم النفس والمال) للحديث المشهور .

(ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه) أي إلى سلاحهم لأجـــل القتال (وقال الشافعي «رح» لا يجوز) وبه قال أحمد في رواية (والكراع على هـــذا الخلاف) أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي ، يعني يجوز استعمال الكراع وهو الجمل عند الحاجة عندنا . وقال الشافعي و أحمـــد في رواية لا يجوز ، وبقولنا قال مالك وأحمد في رواية .

(له) أي للشافعي (أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن عليـــاً رضي الله عنه قسم السلاح بين أصحابه بالبصرة) وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن مطرف عن مسند عن ابن الحنفية أن علياً قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح (وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك) يعني كانت قسمته قسمة انتفاع لدفع الحاجة ، لا قسمة تمليك ، ولهذا لما وضعت الحرب أوزارها ردها إليهم .

(ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجـــة ، ففي مال الباغي أولى ، والمعنى فيه) أي المعنى المبيح في استعمال أسلحة أهل البغي و كراعهم (إلحـاق الضرر الأدنى) وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع (لدفع الضرر الأعلى) وهو الضرر

ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا ، وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ، ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر وأيسر . وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها . قال وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً ، لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم ، فإن كانوا صرفوه في حقه

العام الواقع على عامة المسلمين ، فيحتمل الأدنى لدفع الأعلى (ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا) إشارة إلى قول علي رضي الله عنه ولا يؤخذ مال . قال الأكمل قلت ليس بذلك ، بل إشارة إلى قوله لأنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به (وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم) كيلا يستعينو بها علينا (ولهذا) أي ولأجل كسر شوكتهم (يحبسها عنهم ، وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه) أي أن الإمام (يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر) للمالك (وأيسر) للحافظ لأن إبقاءه يحتاج إلى النفقة والخدمة (وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها) يعني أموال أهل البغي لا يبيعهم لعصمتها، فلايقسم لأجل هذا بين أهل العدل، لكنها تجر ضرورة دفع الشر، فاذا اندفعت الضرورة بتوبتهم ردت إليهم.

(قال فما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانياً) وبه قال الشافعي وأحمد وابن الماجشون المالكي وابن القاسم لا يعتبر ذلك. وعلى من أخذ منه الزكاة الاعادة ، وبه قال أبو عبد ، لأن الاخذ ممن لا ولاية له (لان ولاية الاخذ له) أي الامام (باعتبار الحماية ولم يحمهم) ألا ترى إلى قول عمر رضى الله عنه إن كنت لا تحمهم فلا تجيهم .

(فان كانوا) أي أهل البغي إن كانوا (صرفوه) الذى أخذوه (في حقه) أى في

أجزأ من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه . وإن لم يكونوا صرفوه في حقـــه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك ، لأنه لم يصل إلى مستحقه . قال العبد الضعيف « رح » قالوا لا اعـادة عليهم في الخراج ، لأنهـــم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء وفي العشرات كانوا فقراء فكذلك ، لأنـــه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة . وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنـه يحميهم فيه لظهور ولايته . ومن قتل رجلاً وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لأنـــه لا ولاية لإمـام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجباً كالقتل في دار الحرب .

الجهة التي عينها الشارع له (أجزأ من أخذ منه ، لوصول الحق إلى مستحقه ، فان لم يكونو صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك ، لانـــه لم يصل إلى مستحقه) لان سقوط المطالبة قضاء لا يوجب سقوطها ديانة .

(قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا إعادة عليهم في الخراج) ديانة أيضاً ، لأنهم محل الخراج (لأنهـم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك) لا إعادة عليهم (لأنه) أي لأن العشر (حق الفقراء) من أهل الإسلام وهذا أوجه (وقد بيناه في الزكاة) أي وقد بينا الحكم المذكور قبل فصل في الفضة (وفي المستقبل يأخذه الامام) أي في الحول إلا فيء يأخذ الامـــام العشر والخراج (لأنه) أي الامام (يحميهم فيه) أي في المستقبل من الزمـان (لظهور ولايته) حينئذ .

(ومن قتل رجلا وهما) أي والحال أنهما (من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم) بضم الظاء ، أي غلب عليهم (فليس عليهم شيء) أي لا يجب على القاتل ديـة ولا قصاص . وقالت الأئمة الثلاثة يؤخذ بموجب جناية ، أي جناية كانت بعموم الآية والأخبار (لأنه لا ولاية لامام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجباً كالقتل في دار الحرب) لعدم الولايـــة

وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه ، و تأويله إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك ، وفي ذلك لم تنقطع ولاية الإمـــام فيجب القصاص . وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه ، فإن قتله الباغي وقال قد كنت على حق و أنا الآن على حق ورثـه ، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه ، وهذا عند أبي حنيفـــة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يرث الباغي في الوجهين و هو قول الشافعي « رح » .

(وإن غلبوا) أي البغاة (على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمداً ثم ظهر على المصر) أي غلب عليه بأن رفعت عنها أيدي البغاة (فإنه يقتص منه) أي من القاتل (وتأويله) أي تأويل قوله يقتص منه وإنما قال المصنف وتأويله لأن المسألة الـتي ذكرها من مسائل الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه ، أي لم يجر على أهله أحكامهم ، وإنمـا ذكر هذا فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير ونقله المصنف منه هكذا حيث قال (إذا لم يجر على أهله) أي أهل المصر (أحكامهم) أي أحكام البغـاة الذين غلبوا عليه (وازعجوا قبل ذلك) أي ازعج أهل البغي قبل اجراء أحكامهم على أهل المصر وازعجوا على صيغة المجهول من أزعجه أي قلعه من مكانه (وفي ذلك) أي وفيما لم يجر أحكامهم (لم تنقطع ولايـــة الامام فيجب القصاص) لأن استيلائهم كان بعارض ، وبقاء ولاية الإمام .

(وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثـــه ، فإن قتله الباغي) أي وإن قتل الباغي رجلا من أهل العدل (وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثـه ، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه ، وهذا) أي المذكور من الأحكام (عند أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف « رح » لا يرث الباغي في الوجهين) أى فيما إذا قال كنت على حق ، وفيما إذا قال كنت على باطل (وهو قول الشافعي) أى قول أبي يوسف وهو

وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم، لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم، والباغي إذا قتــــل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم. وقال الشافعي «رح» في القديم انه يجب على هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً أو مالاً له أنه أتلف مالاً معصوماً، أو قتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة.

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ورواه الزهري «رض»

قول الشافعي في القديم (وأصله) أي وأصل هذا الخلاف (أن العـــادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم ، لأنه مأمور بقتالهم دفعـــاً لشرهم ، والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا) وبه قال أحمد (ويأثم) لأنه قتل نفساً .

(وقال الشافعي في القديم أنه يجب) الضمان . وبه قال مالك (وعلى هذا الخلاف) أي المذكور (إذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً) أي والحال انه قد أتلف نفساً (أو مالاً) لا يجب الضمان عندنا ، وعلى قول الشافعي في القديم يجب (وله) أي للشافعي (أنــه أتلف مالاً معصوماً أو قتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة)أي قياس ما إذا تلف قبل أن يكون لهم منعة .

(ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم ورواه الزهري) أي روى محمد بن مسلم الزهري إجماع الصحابة على أنه لا يضمن الباغى إذا قتل العادل . وقال الأترازى ذكر أصحابنا في كتبهم لفخر الإسلام وغيره عن الزهرى انه قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فاتفقوا على ان كل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ،وكل مال استحق بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع . وما كان قائماً يرد ، انتهى . قلت روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهرى ان سليمان ابن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ، ثم انها رجعت إلى اهلها تائبة . قال الزهرى فكتب إليه اما بعد فان الفتنة الأولى مارت واصحاب رسول الله ﷺ فمن شهد بدراً كريـــاً فاجتمع

ولأنه أتلف عن تأويل فاسد ، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم ، وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الالزام والالتزام ، ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية

رأيهم على ان لا يقيموا على احد حداً في فرج استحلوه، فتأويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتأويل القرآن ، ولا يرد مال استحلوه بتأويل القرآن إلا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه . وان رأى ان يرد على زوجها وان يحل من افترى عليها ، انتهى .

(ولأنه) اى ولأن الباغى (اتلف عن تأويل فاسد ، والفاسد منه) اى من التأويل (ملحق بالصحيح) اى بالتأويل الصحيح (إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع) اى إلى التأويل يتعلق بقوله ملحق بالصحيح ، اى في دفع الضمان ، بيانه ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصيه صغيرة كانت او كبيرة لقوله تعالى ﴿ ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها ﴾ ٢٣ الجن ، وتأويلهم هذا وإن كان فاسداً لكن اعتبر في دفع الضمان لما روى عن الزهرى آنفاً . وقال في تحفة الفقهاء هذا إذا تلفوا في حال المنعة او فأما إذا تلفوا مالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة أو بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من أهل دار الإسلام، ثم قال هذا جواب الحكم وبمعنى ان يضمن كل واحد من الفريقين للآخر ما أتلف من الأنفس والأموال لكونها معصومة في هذه الحالة إلا بطريق الدفع (كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم) يعني بعدما اسلموا .

(وهذا) أشار به إلى قوله والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم (لأن الأحكام) أي أحكام الشرع في حق الدنيا (لا بد فيها من الالزام أو الالتزام) يعني الباغي (ولا التزام لاعتقاد الإباحه عن تأويل) أي الالتزام منه لتأويله الفاسد أن يقال العادل مباح ويجوز إراقة دمه لأن من عصى الله صغيرة أو كبيرة فقد كفر (ولا إلزام لعدم الولاية) أي ولا إلزام على الباغي لعدم ولاية الإمام (لوجود المنعة) أي أهل البغي الحرب ، بخلاف ما قبل ظهور المنعة (والولاية) جواب عن قول الثاني اعتباراً بما قبل المنعه ، أي

باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً . بخلاف الآثم لأنه لا منعة في حق الشارع إذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث . ولأبي يوسف « رح » في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع ، والحاجة ها هنا إلى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبراً في حق الارث . ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضاً إذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه ، إلا أن من شرطه بقاؤه على ديانته ، فإذا

ولاية الإمام (باقية قبل المنعة) عليهم كما كانت (وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً) أي من حيث الاعتقاد .

(بخلاف الآثم) حيث يثبت سواء كانت لهم منعة أو لم تكن (لأنه لا منعة في حق الشارع) ومنعتهم في حق الشارع كلا منعة فلايكون وجود منعتهم دفعاً للإثم (إذا ثبت هذا) أشار به إلى قوله لأن الأحكام لا بد فيها ... إلى آخره (فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث) لأن حرمان الإرث جزاء فعل محظور فلا يعطى بمباح .

(ولأبي يوسف في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع) أي في حق دفع الضمان (والحاجة ها هنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبراً في حق الإرث) حاصل هذا الكلام أن التأويل الفاسد يعتبر في حق دفع لا في حق استحقاق الميراث فيحرم الإرث ، لأنه قتله بغير حق .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (فيه) أي في قتل الباغي العادل (أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضاً) أي في دفع الحرمان عن الإرث أيضاً يعني كما أن تأويله يعتبر في حق دفع الضمان يعتبر أيضاً في دفع الحرمان أيضاً (إذ القرابة) أي لأن القرابة (سبب الإرث فيعتبر الفاسد) أي التأويل الفاسد (فيه) أي في دفع الحرمان من شرطه استثناء من قوله يعتبر الفاسد (إلا أن من شرطه) أي من شرط الإرث (بقاؤه) أي بقاء الباغي (على ديانته) يكون مصراً على دعواه ، فإذا رجع فقد بطلت ديانته وهو معنى قوله (فإذا

قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان . قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم ، لأنه إعانة على المعصية ، وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح ، وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعه ، ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب ، وعلى هذا الخمر مع العنب .

قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع) أي الضمان (فوجب الضمان) لعدم الدافع .

(قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم) أي عساكر أهل الفتنة (لأنه إعانة على المعصية) قال الله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ﴾ ٢ المائدة (وليس ببيعه) أي بيع السلاح (بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس) بالرفع إسم ليس (لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح) وأهل الفتنة فيها قليل ، وتقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة حرموا منها أولاً فالحكم في غيرها كذلك .

(وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعه) متجددة ، فإنه لا بأس من أهل الفتنة ، وأوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه يكره بيع المعازف) جمع معزف بكسر الميم وهو ضرب من الطنابير تتخذ به أهل اليمن (ولا يكره بيع الخشب) أي الذي يتخذ منه المعزف (وعلى هذا) أي الحكم (الخمر مع العنب) حيث لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع عصير العنب . والفرق لأبي حنيفة بين كراهية بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمراً أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة .

فروع : يكره أن يبعث برؤوس البغاة أو الحربي إلى الأماكن إلا إذا كان في ذلك وهي لهم فلا بأس به . وقتل أهل العدل الحرب شهيداً يفعل لهم ما يفعل بالشهداء وقتل أهل البغي لا يصلى عليهم سواء كانت لهم فئة أو لا ، هو الصحيح ، ولكن يغسلون

ويكفنون نصوص غير متأولين على مدينة وقاتلوا وقتلوا الأنفس وأخذوا أموالا أخذوا بالجميع ، وكذا إذا خرج جماعة لا منعه لهم ، ولا خلاف فيه لأهل العلم .

ولو استعان أهل البغي بأهل الحرب وأودع أهل البغي أهل الحرب فأعانهم أهـــل الحرب على أهل العدل يسبون ويقتلون لأنهم نقضوا العهد . ولو طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إن كان خيراً لنا ، ولا يأخذ الإمام منهم شيئاً . ولو نصب أهل البغي قاضيـــاً للقضاء إن كان من أهـــل العدل يجوز بلا خلاف ، وإن كان منهـــم فإن كان ممن يستحل دماء أهـــل العدل وأموالهم لا يجوز بـــلا خلاف ، وإن كان ممن لا يستحل لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي وأحمد . ولو كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل كتاباً يقبل بلا خلاف ، والأولى أن لا يقبل كسراً لمواليهم . وعندنا كل متسلط إذا تم تسليطه يصير سلطاناً فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل وبالله الرحمـــة وهو ولي التوفيق .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقيط

اللقيط سمي باعتبار ماله لما أنه يلقط ، والإلتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه. وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب

(كتاب اللقيط)

أي هذا الكتاب في بيان أحكام اللقيط . والمناسبة بين كتاب اللقيط وكتاب السير من حيث أن فيهما عرضة الفوات للأنفس والأموال . وقدم اللقيط على اللقطة لما أن ذكر النفس مقدم ، وهو على وزن فعيل بغير مفعول من اللقط ، وهو الرفع . معناه لغة ما يلقط ، اي ما يرفع من الأرض . وفي الشرع اللقيط اسم المولود طرحه أهله خوفاً من العيلة او فراراً من تهمة الزنا .

قال المصنف رحمه الله (اللقيط سمي به باعتبارما له لما انه يلقط) أشار بـه إلى أنه في باب تسمية الشيء باعتبار ما يؤول إليه ، كما في قوله من قتل قتيلا فله سلبه ، وكما في قوله تعالى ﴿ إني أراني أعصر خمراً ﴾ ٣٦ يوسف ، (والالتقاط مندوب إليه) اي رفع اللقيط من الارض مستحب (لما فيه من إحيائه) لأنه على شرف الهلاك واجباً الحي يدفع سبب الهلاك قال تعالى ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ ٣٢ المائدة ، ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الرحم على الصغار ، قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ... الحديث ، وفي رفعه اظهار الشفقة على الصغار ، وهو أفضل الأعمال بعد الإيمان بالله ،التعظيم لأمر الله ، والشفقة على خلق الله ، كذا في المبسوط .

(وإن غلب ظنه ضياعه) اى على ظن الشخص ضياع اللقيط بتركه (فواجب) اي التقاطه حينئذ واجب ، وقال الشافعي ومالك واحمد رفعه فرض كفاية إلا إذا خاف هلاكه ، فحينئذ فرض عين لإجماع الأمة كمن رأى أعمى يقع في البئر يفرض عليه حفظه عن الوقوع ، وتمسكوا على وجوبه بقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر ﴾ الآية ٢ المائدة .

قال اللقيط حر لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية ، وكذا الدار دار الأحرار ، ولأن الحكم للغالب ، ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ،

(قال اللقيط حر) اي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه ، ولا يحد قاذف أمه ، ذكره في شرح الطحاوي ، ولا خلاف أنه حر إلا ما روي عن النخعي شاذ أنه قال إن رفعه حبسه فهو حر ، وإن أراد أن يسترقه فهو له ، هذا مخالف لإجماع العلماء (لأن الاصل في بني آدم إنما هو الحرية) إذا الناس أولاد آدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه وكانا حرين ، ولان الرق بعارض الكفر ، والأصل عدم العارض .

(وكذا الدار دار الاحرار) اي الدار دار الإسلام ، فمن كان فيها يكون حراً باعتبار الظاهر (ولان الحكم للغالب) اي لان الغالب فمن سكن دار الإسلام الاحرار والعبرة للغالب (ونفقته في بيت المال) اي إذا لم يكن معه مال (هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما) أما الرواية عن عمر رضي الله عنه فأخرجها مالك في الموطأ في كتاب الاقضية عن ابن شهاب الزهري عن سنن ابن جميلة ، رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً في زمن عمر رضي الله عنه ، قال فجئت إلى عمر وقال ما حملك على حمل هذه التسمية ؟ فقال وجدتها ضائعة فأخذتها . فقال له عريفة يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، قال كذلك قال نعم ، فقال عمر رضي الله عنه إذهب به فهو حر وعلينا نفقته ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جميلة أنه وجد منبوذاً على عهد عمر بن الخطاب فأتاه به فاتهمه عمر ، فأثنى عليه خيراً ، فقال عمر هو حر ولاؤه لك ، ونفقته من بيت المال. ورواه الطبراني في معجمه من طريق عبد الرزاق ، ورواه الطبراني في كتاب العلل وزاد فيه زيادة حسنته وهي أبو جميلة أدرك النبي ﷺ وحج حجة الوداع .

قلت اسمه سنين بضم السين المهملة وفتح النون وسكون الياء آخر الحروف ، وفي آخره نون ، وكنيته أبو جميلة بفتح الجيم . وقال ولولا أدرك النبي ﷺ وقال إنه شهد معه حنينا ، وحدث عن أبي بكر رضي الله عنه ، وروى عنه ابن شهاب يعني محمد بن مسلم الزهري . وأما الرواية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأخرجه عبد الرزاق ،

ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ، ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له . ولأن ميراثه لبيت المال ، والخراج بالضمان ، ولهذا كانت جنايته فيه . والملتقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية ، إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية .

حدثنا سفيان الثوري عن الزهري بن ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطاً فأتى به إلى علي رضي الله عنه فألحقه بأمه انتهى . وذكره الكاكي فقال عن علي أنه قال نفقته في بيت المال ، وولاؤه للمسلمين .

(ولانه) اي ولان اللقيط (مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له) ولا قرابة ، والجامع بينهما الاسلام ، والعجز عن الاكتساب وعدم المال وعدم من يجب عليه نفقته (ولان ميراثه) اي ميراث اللقيط (لبيت المال) لعدم وارثه (والخراج بالضمان) الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ، يقال خراج غلامه إذا اتفقا على ضريبة يؤديها إليه في وقت معلوم ، ومعنى الخراج بالضمان اي الغلة سبب إن ضمنه لعين أن ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كان مؤنة نفقته في بيت المال ، لان للغرم بإزاء الغنم .

وقال الاكمل قوله الخراج بالضمان اي له غنيمته وعليه غرمه ، اي على العبد المعيب للمشتري قبل ولانه قبل الرد في ضمانه (ولهذا كانت جنايته فيه) اي ولاجل كون الخراج بالضمان ، وكانت جناية اللقيط في بيت المال.

(والملتقط متبرع في الانفاق عليه) اي على اللقيط (لعدم الولاية) اي لعدم ولايته في تقصير حقه فيكون متبرعاً (إلا أن يأمره القاضي به) اى بالانفاق عليه (ليكون) ماأنفقه عليه (ديناًعليه لعموم الولاية) اي ولاية القاضي ، وإن أمره القاضي بذلك مطلقاً، ولم يقل على أن يكون ديناً عليه . ذكر في مختصر العصام أنه يكون ديناً عليه ، ويرجع عليه إذا كبر ، ذكر في الكافي لانه لا يكون ديناً عليه ، ولا يرجع عليه . وهذا أصح لان الامر المطلق محتمل قد يكون للحث في إتمام شرع فيه من التبرع ، وقد يكون

قال فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منهم لأنه ثبت حق الحفظ له ولسبق يده عليه فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه ، وهــذا استحسان ، والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط. وجه الاستحسان أنـه إقرار للصبي بمـا ينفعه ، لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ، ثم قيل يصح في حقـه

للرجوع ، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون ديناً عليه ، وإن كان مع اللقيط مال او دابة لم ينفق عليه من ماله بأمر القاضي ، لان اللقيط حر ، وما في يده فهو لـــه لظاهر ما ذكره في فتاوى الولوالجي (قال) اى القدورى (فإن التقطه رجل لم يكـن لغيره أن يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده عليه) اى على اللقيط ، فكـان أولى به كما في سائر المباحات (فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) هذا لفظ القدورى.

وقال المصنف (معناه) اى معنى كلام القدورى (إذا لم يدع الملتقط نسبــه) اى نسب اللقيط . أما إذا ادعى الملتقط نسبه فهو أولى لانهما استويا في الدعوى ، ولاحدهما يد لصاحب اليد أولى . وكذا إذا كان الملتقط ذمياً فهو أولى من المسلم الخارج حتى إذا كان في ذمي يدعي أنه ابنه ، وأقام أحد من المسلمين أنه ابنه فهو للذمي بحكم يده ، وامـا لو كان مدعي اللقيط خارجين أحدهما مسلم والآخر ذمي وأقاما بينـة من المسلمين يقضى للمسلم ،فالحاصل أن الترجيح في باب النسب أو على الأمر باليد كذا في الذخيرة والايضاح.

وقال الشافعي وأحمد الترجيح بقول الكانته (وهذا الاستحسان) اى هـذا الذى ذكره القدورى استحسان (والقياس أن لا يقبل قوله لانه يتضمن إبطال حق الملتقط) من حق اللقيط ، وما لعامة المسلمين من الولاء ، فلا يقبل من غير بينته (وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه) من حيث وجوب النفقة والحضانة فقبل قوله (لانه)اى لان اللقيط (يتشرف بالنسب ويعير بعدمه) اى بعدم النسب (ثم قيل يصح في حقه) هذه إشارة ، اى خلاف المشايخ ادعاء الخارج أن اللقيط ابنه ، فقال بعضهم يصـح ادعاؤه في

دون إبطال يد الملتقط ، وقيل يبتنى عليه بطلان يده . ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياساً واستحساناً ، والأصح أنه على القياس والاستحسان ، وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده

حق ثبوته في إبطال يد الملتقط ، وهذا معنى قوله (دون إبطال يد الملتقط) وقال بعضهم يقبل قوله فيهما جميعاً ، وهذا معنى قوله (وقيل يبتنى عليه) اى على ثبوت النسب (بطلان يده) اى يد الملتقط ، لان الاب أحق بالولد من الاجنبي ، ويجوز أن يثبت الشيء ضمناً وإن لم يثبت قصداً ، كما يثبت الارث بشهادة القابلة على الولادة حكماً .

(ولو ادعاه الملتقط) أي ولو ادعى نسب الملتقط وهو الذي التقطه ، وهذا ذكره المصنف تفريعاً لمسألة القدوري (قيل يصح) أي ادعاؤه (قياساً واستحساناً) يعني من حيث القياس ومن حيث الاستحسان ، لأنه لم تبطل دعواه حق أحد ، ولا منازع له في ذلك (والأصح أنه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان ، يعنى في القياس لا يصح ، وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط ، وهذا لم يذكرهما الكرخي ، وإنما ذكرهما الطحاوي فقال القياس أن لا يصح دعواه إلا ببنيته ، وفي الاستحسان يصح بغير بنيته ، ثم اعلم أن وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى الأجنبيين ، إنما لا يصح قياساً للزوم بطلان حق الملتقط ، ودعوى الملتقط إنما لا يصح قياساً لتناقض كلامه ، لأنه لما زعم أنه لقيط كان نافياً نسبه لان ابنه لا يكون لقيطاً في يده ، ثم انه أدى انه ابنه كان مناقضاً لا محالة وجه الاستحسان ظاهر وهو أن فيه بقاء للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة ، وثبوت النسب ويحصل له أسرى بذلك وفاء. قيل من التناقض في وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال ، فربما يكون الصبي منبوذاً بقبض الحوارث ، فيظن الملتقط أنه لقيط ، ثم تبين انه ولده فلا تناقض إذاً ولئن سلمنا التناقض ظاهر فالتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا كسب نفسه .

(وقد عرف في الأصل) أي قد عرف حكم هذا في المبسوط ، وهو ما ذكرناه (وإن ادعاه اثنان) أي وإن ادعى اللقيط شخصان من خارج (ووصف أحدهما علامة في جسده)

فهو أولى به ، لأن الظاهر شاهد له ، لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب .

أي في جسد اللقيط ، مثل ثيابه أو سلعته أوثر لذلك ونحو ذلك (فهو أولى به) أي الذي وصف علامة أولى باللقيط (لأن الظاهر شاهد له ، لموافقة العلامة كلامه) فيجب على اللقيط دفعه إليه ، وقال الشافعي وأحمد وأبو الليث وأبو ثور والأوزاعي يعتبر قول الفاقة وإذا أشبه على الفاقة [1] وكذا إذا تعارضت بنتاهما لحديث المدلجي . وقال مالك لا يثبت النسب ببينة ، أو يكون لدعواه أحدكم بل عرف انه لا يعيش له الولد فزعم أنه رماه لأنه سمع إذا طرح نفس عاش ونحو ذلك [2] مما يدل على صدقة ، وقال أشهب يلحق بمجرد الدعوى إذا ادعاه ملتقطة أو غيره ، إلا أن بيان كذبه كذا في جواهر المالكية .

(وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب) وهو الدعوة لأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط ، وقد مر خلاف الشافعي وأحمد في اعتبارهما قول العامة وإن كان المدعي أكثر من اثنين .

روي عن أبي حنيفة انه جزاء إلى خمسة ، ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف وبه قال أحمد في رواية ، وقال محمد يلحق بأكثر من ثلاثة ، وبه قال أحمد في رواية في الإيضاح .

ولو وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح وفي الذخيرة وهذا بخلاف في اللقطة لو تنازعا فيها ووصف أحدهما ووافق من حيث لا يرجح صاحب الوصف ، بل إذا انفرد الواصف بحل الملتقط دفعها عليه ، ولا يجب ، وهنا يلزمه دفعه ، والفرق أن في فصل اللقيط ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقام البينة فمعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق . وأما في اللقيط فالدعوى ليست لسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف ، فلو اعتبر الوصف اعتبر أصلا الاستحقاق ، والوصف لا يصلح سبباً له فافترقا .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة وربما هي ـ بقرع ـ . اهـ مصححه .

(٢) هكذا الجملة في الأصل وربما هنا كلام ناقص ، اهـ مصححه .

ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه، لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه ، إلا إذا أقام الآخر البينة ، لأن البينة أقوى . وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين ، أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً ، وهذا استحسان لأن دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير ، وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره

(ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى) لفائدة دعواه بها ، وفي الشامل ادعته امرأة أن ابنها لم يقبل إلا بينته لأن في دعوى المرأة حمل النسب على الزوج ، وإذا ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص ، وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما ، وهو رواية أبي سليمان عن أبي حنيفة أيضاً ، وفي وجيز الشافعية ، ولو ازدحم اثنان قدم عن سبق فإن استويا قدم الغنى على الفقر ، والبلدي على القروي والقروي على البلدي ، وكل ذلك ينظر للصبي ، وظاهر العدالة يقدم على المستور في أحسن الوجهين ، فإن تساوياً من كل وجه أقوى بينهما ، وسلم إلى من خرجت قرعته .

(وإذا وجد) أي اللقيط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال المصنف (وهذا استحسان) والقياس أن لا يثبت نسبه من الذمي أن المنبوذ في دار الإسلام محكوم عليه بإسلامه ، بدليل الصلاة عليه إذا مات ودفنه في مقابر المسلمين ، وإذا ثبت إسلامه بحكم دار الاسلام لا يصدق ذمي على دعواه ، لأن كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله (لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير) من حيث وجوب النفقة والحضانة .

(وإبطال الإسلام) أي يتضمن دعواه أيضاً إبطال الإسلام (الثابت بالدار) أي بدار الإسلام (وهو يضره) أي وإبطال الإسلام يضر اللقيط . ولا يمنع أن يكون الذمي ولد مسلم ، ولهذا يكون ولده مسلماً إذا أسلمنا أمه وقال الكرخي في مختصره ، وقال

فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره ، وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة ، أو في بيعة أو كنيسة كان ذمياً ، وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة . وإن كان الواجد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ، ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه،وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ

ابن سماعة عن محمد في النوادر في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه النصراني ، قال فهو ابنه وهو مسلم ، وإن كان عليه رأى الاسلام فإني أجعله مسلماً وأثبت نسبته من النصراني لأن ذلك لا يضره ، وينفق عليه ، قال وإن كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه ، وذلك أن يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط رأسه مجرور إلى هنا لفظه .

(فصحت دعوته) إلى دعوة الذمي (فيما ينفعه) أي في الشيء الذي ينفع اللقيط وهو الإسلام (دون ما يضره) وهو إبطال الإسلام (وإن وجد) أي اللقيط (في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة) أي وجد في بيعة النصارى (أو كنيسة) أي أوجد في كنيسة اليهود (كان) أي الملتقط (ذمياً) لأنه لما وجد في المواضع مختصة بهم كانت ظاهر من حاله أنه متهم (وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة) من غير خلاف فيها .

(وإن كان الواجد مسلماً) في حيز الجواز أن يكون لغيرهم ولهذا يحكم منبوذ وجد في دار الحرب لدلالة الظاهر ، وإن جاز أن يكون ولد مسلم تاجر أو أسير وهو الجواب أي الجواب الذي ذكر القدوري ، وهو قوله كان ذمياً لان لفظه في مختصره (في هذا المكان) يعني في البيعة والكنيسة (أو ذمياً) الواجد ذمياً (في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه) أي في هذا الفصل (ففي كتاب اللقيط) يعني ففي رواية كتاب اللقيط من المبسوط (اعتبر المكان لسبقه) أي لسبق المكان على يد الواجد ، والسبق من أسباب الترجيح (وفي كتاب الدعوى) من المبسوط (في بعض النسخ) ويروى في بعض نسخه أي في

اعتبر الواجد وهو روايةابن سماعة عن محمد «رح» لقوةاليد ، ألا ترى
أن تبعية الأبوين تبعيةالدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر
كافراً ، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظراً للصغير . ومن ادعى أن
اللقيط عبده لم يقبل منه لأنه حر ظاهراً إلا أن يقيم البينة أنه

بعض نسخ الدعوى من المبسوط (اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد) لأنه كالمباحات التي تستحق سبق اليد ، فكان اعتبار الواجد أولى .

ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن تبعية الأبوين تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما) أي أحد الأبوين (يعتبر كافراً) لا مسلماً (وفي بعض نسخه) أي في بعض نسخ الدعوى من المبسوط (اعتبر الاسلام نظراً للصغير) لانه ينفعه ، والكفر يضره ، وقال الشافعي إن كان يوجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون أو في بلد كان لهم أخذ الكفار فهو مسلم ، وإن وجد في بلد فتجب المسلمون ، ولا مسلم فيه فهو كافر .

وإن وجد في بلد الكفار وفيه مسلمون فهو مسلم ، وقيل هو كافر ، وبه قال أحمد ، ومالك اعتبر المكان وأشهب اعتبر الواجد في مكان أهل الكفر ترجيحاً للاسلام(ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه) هذا لفظ القدوري في مختصره، وقال الكاكي يجب أن يقيد هذا بقيدين أى ادعى الحر المسلم وقيد المسلم لانـــه إذا كان المدعي ذمي ففي قبول نسبه تفصيل إن شهد مسلمان تقبل ، ويجعل اللقيط حراً مسلماً ، وإن شهد كافران لا يقبل ، وقبل الجزية لأن المدعي إذا كان عبداًو أضاف ولادته إلى امرأته الامة فإن فيه خلافـــاً بين أبي يوسف ومحمد ، فذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعبد عند أبي يوسف .

(لأنه حر ظاهراً) لأن الاصل في بني آدم الحريه ، لان الناس كلهم أولاد آدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه ، وهما كانا مسلمين جلدين فكان أولادهما أحراراً تبعـــاً لهما ، والرق يعارض الكفـــر ، فكأن الحريـــة هي الظاهر ، والحكم بالظاهر إلى أن يثبت خلافه بالبينة وهو معنى قوله (أن يقيم البينة) أى المدعي الذى ادعى اليتم (انه

عبد ، فإن ادعى عبد أنـــه ابنه ثبت نسبه منه ، لأنه ينفعه ، وكان حراً لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشـك ، والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد ، والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو لـــه اعتباراً للظاهر ، وكـذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليهـــا

عبده) فحينئذ يكون عبده ، فـإن قيـــل البينة لا تقوم إلا على خصم منكر ، ولا خصم هنا ، أجيب بأن المتلقط خصم لانه أحق بحقه ، ولا تزول يـــده إلا بالبينة (فإن ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه) هذا لفظ القدوري في مختصره .

وقـال المصنف (لانه ينفعه) أي لان النسب ينفعه لانه تيسر فيه (وكان حراً) من تتمة كلام القدوري قال المصنف (لان المملوك قد تلد له الحرة ولا تبطل الحريـــة الظاهرة بالشك) حاصل الكلام أن المملوك قد تلد له الحرة ، فلا يكون عبداً وقد تلد له الامة فيكون عبداً ، والظاهر في بني آدم الحرية ، فلا يبطل بالشك (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) الحر مرفوع على انـــه مبتدأ وقوله أولى خبره ، وقولـه في دعوته مصدر مضاف إلى فاعله ، وقول اللقيط بالنصب مفعول قوله من العبد أي من دعوة العبد (والمسلم أولى من الذمي) أي ودعوة المسلم أولى من دعوة الذميـة إذا ادعى كل واحد منهما أن اللقيط ابنه (ترجيحاً) أي لأجل الترجيح (لما هو الانظر في حقه) أي في حق اللقيط ، إنما ذكر المصنف هذا تفريعاً لما قاله القدوري ، ثم كون المسلم أولى من الذمي مما إذا ادعيا وهما خارجان ، أما إذا كان أحدهما إذ اليد كان هو أولى .

(وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتباراً للظاهر) اى لظاهر يـده لكونه من أهل الملك لكونه حراً ، فيكون ما في يده له (وكذا) أي وكذا يكون اللقيط (إذا كان) أي المـــال (مشدوداً على دابة وهو عليهـــا) اى اللقيط على

لما ذكرنا ، ثم يصرف الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع ، وللقاضي ولاية صرف مثله إليـــه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأن اللقيط ظاهر ولـه ولاية الانفـاق ، وشراء ما لا بـد منه كالطعـام والكسوة لأنه من الإنفاق لـــه ، ولا يجوز تزويج الملتقط لانعـــدام سبب الولاية من القرابـة والملك والسلطنة.

قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبـــاراً بالام وهـذا لأن ولاية التصرف لتثمير

الدابة (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله اعتباراً للظاهر (ثم يصرفه الواجد إليه) الملتقط ، ينفق عليه من ذلك المال (بأمر القاضي) لعموم ولاية القاضي ، لانه نصب قاضياً لامور المسلمين هو ظاهر الرواية (لانه مال ضائع) أى لان المال الذى وجد مع هذا اللقيط مال ضائع (وللقاضي ولاية صرف مثله إليه) أى مثل مال الضائع إلى اللقيط ، وكذا لغيره بأمره ، وبه قال الشافعي ، وقال ولو انفقت بغير أمر القاضي ضمنه ، وإن لم يكن بحاكم والنفق بدون الاشهـاد ضمن أيضاً ، وإن أنفق بالاشهاد ضمن أيضاً ، وإن أنفق بالإشهاد ففيه قولان ، قال في الشامل وهو مصدق في نفقة مثله .

(وقيل يصرف) أى يصرف الملتقط إلى اللقيط (بغير أمر القاضي ، لانه) أى لان المال (اللقيط ظاهر) أي بحسب الظاهر (وله) أي وللملتقطه (ولاية الانفاق عليه وشراء ما لا بد منه) عطف على قوله ولاية الانفاق ، أي وله شراء ما لا يستغنى عنه (كالطعام والكسوة لأنه من الانفاق) أى لان شراء ما لا بد منه عن الانفاق عليه ، وبه قال أحمد (ولا يجوز تزويج الملتقط) أي تزويجه اللقيط (لانعدام سبب الولايـــة) للملتقط (من القرابة والملك والسلطنة) ولم يوجد واحد منها ، فلا يثبت الولاية لعدم سببها (ولا يجوز تصرفه) أى تصرف الملتقط (في مال اللقيط اعتباراً بالام) أى قياساً على عدم جواز تصرفها) في مـال ابنها (وهذا) أى عدم جواز تصرف الملتقط في مال اللقيط (لأن ولاية التصرف لتثمير

المال ، وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجودة في كل واحد منهما أحدهما . قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ، ولهذا يملك الصغير بنفسه إذا كان عاملا ، وتملكه الام ووصيها . قال ويسلمه في صناعـــة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله . قال ويؤاجره ، قال العبد الضعيف وهـــذا رواية القدوري في مختصره ، وفي الجامع الصغـــير لا يجوز أن يؤاجره

المال) أي يكره بالفائدة والربح (وذلك) أي تثمير المال (انمايتحقق بالرأي أي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما) أي من الأم والملتقط (أحدهما) أي من الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، وفي الام الشفقة الوافرة دون الرأي الكامل ، وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال لعدم المقصود ، ومنهما بخلاف الاب فإن له شفقة وافرة ورأياً كاملا ، فكان له التصرف في النفس والمال جميعاً .

(ويجوز أن يقبض الهبة) أي يجوز للملتقط أن يقبض اللقيط الهبة (لانه) أي ولان قبض الهبة له (نفع محض) لا شك فيه بلا خلاف (ولهذا) أي ولكون الهبة نفعا محضاً (يملكه الصغير بنفسه) أي يملك قبض الهبة بيده (إذا كان عاقلا) فلا يفعل ذلك ويميزه (وتملكه الام) أي تملك الام قبض الهبة لابنها (ووصيها) أي ويملك أيضا وصي الام لأنها نفع محض للصغير (ويسلمه) أي يسلم الملتقط اللقيط (في صناعـــة لانه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالتعاب ، وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب (وحفظ ماله) من الاشتغال باللعب ويعلم الفهاد (ويؤاجره) أي يؤاجر الملتقط اللقيط ، لأن فيه نفعاً له ، ولفظ يؤاجره ليس على قانون اللغة ، وإنما هو اصطلاح الفقهاء .

(قال) أي المصنف رحمه الله (هذا رواية القدوري في مختصره) يعني جواز إجارة الملتقط اللقيط على رواية القدوري في مختصره ، (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره

ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ، ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الام لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى ،

ذكره في الكراهية) ذكره محمد في باب الكراهة (وهو الأصح) أن المذكور في الجامع الصغير هو الأصح مما ذكره القدوري (وجه الأول) أراد به رواية القدوري (أنه يرجع إلى تثقيفه) وقد مر معناه آنفاً (ووجه الثاني) في أراد به رواية الجامع الصغير (انه) أي ان الملتقط (لا يملك إتلاف منافعه) أي منافع اللقيط بالإستخدام (فأشبه العم) أي فأشبه الملتقط العم ، أي كما لا يجوز للعم اتلاف منافع الصغير فكذلك لا يجوز للملتقط (بخلاف الأم لأنها تملكه) يعني الأم تملك إتلاف منافع الصغير بالإستخدام بلا عوض ، فلأن يملكه بالإجارة بعوض أولى (على ما ذكر في الكراهية) أي في آخر كتاب الكراهية في مسائل متفرقة .



كتاب اللقطة

قال اللقطة أمانة إذا شهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها،

(كتاب اللقطة)

اى هذا الكتاب في بيان أحكام اللقطة ، اللقطة واللقيط متقاربان لفظاً ومعنى، وخص اللقيط بابن آدم واللقطة لغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الاول لشرف بني آدم ، وقيل خص لفظ اللقطة بالمال ، لان الفعلة بضم الفاء وفتح العين نعت للمبالغة في الفاعلية ، كالضحكة اللعنة ، واللقيط فعيل بمعنى المفعول ، فاللقيط الدال على الفاعلية أولى بالمال ، لزيادة مثل الانارة لرفعه ، كأنها فامر رآها يرفعها كأنها بين رافعة نفسها على الاسناد البخارى كناية جلوب وركوب كأنها تجلب نفسها تركب عليه نفسها على وجه المبالغة لزيادة رغبة من رآها في الحلب والركوب .

أما الطفل المفقود لا يميل كل من رآه يرفعه لزيادة ضرر حاضر فإن أمه نبذته قصد الضرر خاص بخلاف اللقطة ، فإن فيها نفعاً حاضراً وفي المعرب اللقطة الشيء تجده ملقى فيأخذه ، وقيل بين المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره ، وعن الخليل اللقطة بفتح القاف للملتقط ، لان ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، وسكون القاف المال الملتقط مثل الضحكة للذى يضحك منه ، وعن الاصمعي وابن الاعرابي . والقراء بفتح القاف اسم للحال أيضاً (اللقطة أمانه إذا شهد الملتقط أن يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) هذا لفظ القدورى في مختصره ، وشرط الاشهاد كما ترى بلا ذكر خلاف ، حتى إذا ملك عنده وقد ترك الإشهاد يضمن ، وقال الطحاوى في مختصره أن أبا حنيفة كان يقول إن كان أشهد على ذلك فلا ضمان عليه فيها ، وإن لم يشهد على ذلك كان عليه ضمانها ، وقال أبو يوسف للضمان عليه فيها أشهد على أنه أخذها ليعرف

لان الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ، بل هو الأفضل عند عامة العلماء .

بها ، وإن لم يشهد بعد أن يحلف بالله ما أخذها إلا ليعرف بها ثم قال الطحاوى وبه يأخذ ، ولم يذكر الطحاوى قول محمد ، وذكر المتوسطة والمختلف والحصة وفتاوى الولوالجي .

وخلاصة الفتاوى قول محمد مع أبي حنيفة ، وذكر في التحفة وشرح الاقطع قول محمد مع أبي يوسف ثم علل المصنف ما ذكره القدوري بقوله(لان الاخذ) اى أخذاللقطة (على هذا الوجه) اى على وجه الاشهاد د عند الاخذ (مأذون فيه شرعاً)لاجل الحفظ على صاحبها ، وإذن الشارع ليس أقل من إذن المالك ، فإذا أذن المالك فلا ضمان،فكذا اذا أذن الشارع ، ألا ترى أن الوديعة لا يجب فيها الضمان لوجود الاذن فكذا هذا ،فان قلت من اين يوجد اذن الشارع فيه ، قلت من قوله ﷺ من أصار لقطة فليشهد ذوعدل رواه اسحاق بن راهويه في مسنده عن عياض بن حماد عنه عليه السلام ، فانه يدل على أن له أن يأخذها بالاشهاد (بل هو الافضل) اى بلا أخذ اللقطة أفضل قال في الشامل أخذ اللقطة مندرب اليه قوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ٢ سورة المائدة .

وفي المبسوط اختلف في رفعها فالمتقشفة يقولون لا يحل رفعها لأنه أخذ مال الغير بغير اذنه ، وهو حرام شرعاً،وهو مخالف للحديث،واجماع الأئمة،وقال بعض التابعين تحل رفعها ولكن الترك أفضل ، وبه قال أحمد في الاصح ، وأشار المصنف الى أن رفعها أفضل (عند عامة العلماء) .

اذا وجدها بصفه ومن عليه ذلك وهو رواية عن أحمد ، وأختارها أبو الخطاب الحنبلي، وعن الشافعي في قول اذا لم يأمن عليها رفعها واجب . وقال مالك ان كان شيئا له مال فرفعه أحب الى أن فيه حفظ مال المسلم ، فكان أولى من بضعه وفي شرح الاقطع مستحب أخذ اللقطة ، ولا يجب ، وقال في النوازل أبو نصر محمد بن سلام ترك اللقطة أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه .

وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يعرض الرفع وان لم يخف لا يباح رفعها ،

وهل الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا ، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك ، لان تصادقها أنه أخذها للمالك حجة في حقهما ، فصار كالبينة ولو أقر انه أخذه لنفسه يضمن بالإجماع ، لانه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ،

وأجمع العلماء عليه ، والافضل الرفع في ظاهر المذهب ، وقال في فتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها . قال بعضهم رفعها أفضل من تركها ، وقال بعضهم يحل رفعها وتركها أفضل ، وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوى ولو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية ، وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك ، فأما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فانه يضمن ، وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب على ذلك المكان او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية .

(وهو الواجب) اى رفعها هو الواجب (اذا خاف الضياع) اى ضياع اللقطة (على ما قالوا) اى المشايخ لقوله تعالى﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياءبعض﴾٧١ التوبة ، فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ، وفي الذخيرة يفترض رفعها اذا خاف ضياعها بتركه (واذا كان كذلك) واذا كان أخذ اللقطة مأذوناً فيه (لا تكون مضمونة عليه) اى على الملتقط لجواز الاخذ له شرعاً (وكذا) اى وكذا لا تكون للقطة مضمونة (اذا تصادقا) اى المالك والملتقط (أنه) اى ان الملتقط (أخذها المالك لان تصادقها حجة في حقهما فصار) اى فضل فيهما (كالبينة) يعني أن البينة اذا وجدت عند الاخذ لا يجب الضمان ، فكذا إذا وجد التصادق .

(ولو أقر انه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع) ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري . إنما قيد بالاجماع احترازاً عن الضمان الذي يلزم عند عدم الإشهاد عند أبي حنيفة ، لأن فيه خلاف أبي يوسف (لأنه) أي لأن الملتقط (أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع)

وإن لم يشهد الشهود عليه ، وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية. ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه ، وفيه وقع الشك ، فلا يبرأ

فكان عاصياً ، وقال في شرح الطحاوي ما أخذها ليأكلها الا ليردها على صاحبها ثم هلكت فإنه يضمن ولا يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى صاحبها (وإن لم يشهد الشهود عليه) أي عند الالتقاط .

(وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف لا يضمن) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لأن الإشهاد غير واجب بل هو مستحب ، وذكر في شرح الأقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف (والقول قوله) أي قول الملتقط مع يمينه (لأن الظاهر) أي ظاهر الحال (شاهد له) أى للملتقط (لاختياره الحسبة دون المعصية) أي لاختيار الملتقط وجه الله تعالى ، والحسبة اى من الاحتساب كالعدة من الاعداد ، وإنما قيد الحسبة عملا لم ينو به وجه الله تعالى ، لأن له حينئذ أن يعيد عمله ، فجعل في حال مباشرة الفعل كأنه معتد .. كذا رواه الزمخشري في الفائق .

وحاصل الكلام أن مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعاً ، قال عليه السلام لا يطيب بكلمة خرجت من في أخيك سواء وأنت تجد لها محملا من الخير وإنما كان القول قول صاحبها ، لأن صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر ، فالقول له كما في الغصب .

(ولهما) أى لابي حنيفة ومحمد (أنه) أى ان الملتقط (أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير) بغير إذنه (وادعى ما يبرئه) بضم الياء من الإبراء أى ما يبرئه عن الضمان وهو الأخذ أى دعواه ما يبرئه (وهو الأخذ لمالكه وفيه) أى وفي قوله هذا وقع الشك ، وهو أنه يحتمل أنه أخذه لنفسه فيضمن ويحتمل أنه أخذ لمالك فلا يضمن (وقع الشك فلا يبرأ) عن الضمان .

وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله ، لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه، ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي، واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس. قال فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً،

(وما ذكر) أي والذى ذكره أبو يوسف (من الظاهر) وهو قوله لأن الظاهر شاهد له (يعارضه مثله) أي مثل ذلك الظاهر . وهو أن يقال الأصل (لأن الظاهر أن يكون تصرف الإنسان له لا لغيره) وذكروا في نسخ الفتاوى هذا الإختلاف إذا كان متمكناً من الاشهاد ، فإن لم يكن لعدم من يشهد على ذلك أو الحقوق أن يأخذ منه ظاهر ، فالقول قوله مع اليمين بالإجماع ، ولا ضمان عليه في ترك الإشهاد .

(ويكفيه) أي ويكفي الملتقط (في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة) أي ينادي ويقول من رأى لقطة كذا وكذا (فدلوه علي) بضم الدال وتشديد اللام على تشديد الياء سواء كانت اللقطة (واحدة) أو أكثر يعني (كانت اللقطة أو أكثر) من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، بأن يكون ذهباً وفضة أو أثواباً يكفيه أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة ولا يحتاج إلى الزيادة (لانها) أي لان اللقطة (اسم جنس) فيتناول وعند أحمد ينبغي أن يذكر جنسها من ذهب أو فضة ، وفي شرح الطحاوي ولو قال التقطت لقطة أو قالته أو قال عند شيء ، فمن سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ، فلما جاء صاحبها قال هلكت لا ضمان عليه ، وكذلك لو وجد لقيطين فقال من سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ، ولم يقل عندى لقطتان ، وكذلك لو قال عندي لقطة برىء من الضمان ، وإن كانت عشراً .

وهذا كله اشهاد أنه إنما أخذها ليردها على صاحبها ، وقال شمس الأئمة الحلواني أو في ما يكون في التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذها لا ردها ، فإن فعل ذلك ولم يعد فيها بعد ذلك كفى (قال) أي القدورى (فإن كانت) أي اللقطة (أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً ، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً) هذا لفظ القدوري في مختصره

قال العبد الضعيف وهـــذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياماً معناه على حسب مـا يرى الإمام ، وقدره محمـــد في الاصـل بالحول من غير تفصيـل بين القليل والكثير ، وهو قول مالـــك والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل

(قال) أى المصنف (هذه رواية عن أبي حنيفة) أى هذه الرواية التي ذكرها القدورى بالترديد رواية عن أبي حنيفة ، وأشار بهذا إلى انهـــا ليست ظاهر الرواية ، وفي ظاهر الرواية مدة التعريف مقدرة بالحول ، فإن الطحاوى أيضاً قال وإذا اللقطة لقطة انـــه يعرفها سنة ، سواء كان الشيء نفياً أو حبساً في ظاهر الروايـــة ، وفي فتاوى الولوالجي ، وعن أبي حنيفة إن كانت مئتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً وإن كانت أقل من مئتي درهم إلى عشرة يعرفها شهراً ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى .

وعن أبي حنيفة في رواية أخرى وإن كانت مئتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً ، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفهـــا عشرة أيام ، وإن كانت درهماً فصاعداً يعرفها ثلاثة أيام ، وان كانت دانقاً فصاعداً يعرفها يوماً وإن كانت دون ذلك ينظر عنه ويسره ثم يصدقه في كف فقير ، وقال شمس الأئمة السرخسي وشيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف التعليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبهـا لا يطلبها بعد ذلك ،وقال أصحاب الشافعي ،التعريب واجب منه وهو قول مالك وأحمد .

(وقوله) أى وقول القدورى (أياماً معناه على حسب ما يرى الإمام) أى ان الملتقط معناه إلى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك (وقدره محمد في الأصل) أى في المبسوط قدر محمد في التعريف (بالحول من غير فصل بين القليل والكثير) وهكذا روي عن محمد وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ولأن السنة لا تأخر عنها القوافل ،ويمضي فيها الزمان التي يقصد فيه البلاد من الحبر والبرد والاعتدال فصلحت قدر المدة أجل العين (وهو) أى قول محمد بالحول (قول مالك والشافعي) واحمد ايضاً (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (من التقط شيئاً فليعرفـــه سنة من غير فصل) هذا الحديث رواه

وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي ألف درهم ، والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به ، في السرقة وتعلق استحلال الفرج به ، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً ومـــا دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ، ففوضنا إلى رأي المبتلي به

اسحاق بن راهوية بإسناده عن عياض وعن الرسول ﷺ ، وقد ذكرنا بعضه عن قريب له وفيه وليعرفها سنة ، وإن جاء صاحبها وإلا فهو مـــال الله يؤتيه من يشاء ، واخرج الدارقطني في سننه عن زيد بن خالد الجهني قـــال سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة ... الحديث من غير فصل يعني بين القليل والكثير (وجه الأول) وهو ما روى عن أبي حنيفة انه عرفها حولاً إذا كانت عشرة فصاعداً (أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوى الف درهم) يشير به إلى ما رواه البخارى في صحيحه عن ابي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت مرة مئة دينار فأتيت النبي ﷺ فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد ثم اتيته ثلاثـاً فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإن بان صاحبها وإلا فاستمتع بها وجه الاستدلال انه عليه السلام اعتبر الحول في كل كرة يجب التعريف بالحول مطلقاً وأجاب المصنف عن هذا بقوله (والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة) لأن اليد تقطع بالعشرة كما تقطع بما فوقها ، وكذلك في صلاحية العشرة المهر لما فيهـا فوقها ، وهو معنى قوله (وتعلق استحلال الفرج به) اى وكما في تعلق استحلال الفرج في النكاح (وليست في معناها) اى وليست العشرة في معنى الألف (في حق تعلق الزكاة) وهـذا ظاهر ، وكان للعشرة جهتان ، أحدها حال كونها في معنى الأول والأخرى في عدم كونها ، فلما كان الأمر كذلك قال المصنف (فأوجبنـا التعريف بالحول احتياطاً) نظراً إلى اعتبار الجهة الأولى (وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما) اى بوجه من الوجوه ، قال فإذا كان الأمر كذلك (ففوضنا) يعني تقدير المدة (إلى رأى المبتلي به) اى بمـا دون العشرة ،

وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به ، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به ، وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها ، وفي الجامع

وقال الكاكي وما روى عن ابي بن كعب رضي الله عنه انه عليه السلام امره بتعريف مائة دينار غير صحيح ، قال ابو داود وشك الراوى في ذلك ، وقال الراوى اعوام او عام واحد .. انتهى .

قلت الحديث رواه مسلم ايضا في صحيحه ، وفي آخره ، فقال لا ادرى ثلاثة احوال او حول واحد ، وفي لفظ فيما بين عامين او ثلاثة ، وفي لفظ عرفها بعض الرواية بدليل ان منعه قال فيه منعة بقول منذ عشر سنين عرفها عاما واحداً وقال ابن الجوزى في التحقيق ولا تخلو هذه الروايات عن غلط بعض بدليل ان شعب قال بالتعريف فيه مستحقة يقول بعد عشر سنين عرفها عاما واحداً ، ويكون عليه السلام علم انه لم يقع يعرفها كما ينبغي فلم يجب له بالتعريف الأول (وقيل الصحيح) اشار به إلى قول شمس الأئمة السرخسي وقد ذكرناه عن قريب ، ولهذا قال بعض أصحاب مالك وأصحاب أحمد رحمهم الله (إن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه ان صاحبه لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) أي باللقطة .

(وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى) قالوا في نسخ الفتاوى وإن كانت مما لا تبقى إذا ادى عليه يوم او يومان عرفها ، فإذا خاف الفساد وتصدق بها (عرفها حتى إذا خاف ان يفسد يتصدق به) كلمة حتى هنا بمعنى إلى المعنى عرفها إلى ان خاف فسادها اى تلفها فحينئذ يتصدق به ، والضمير في قوله عرفها يرجع إلى اللقطة او في قوله به يرجع إلى قوله شيئا (وينبغي ان يعرفها في الموضع الذى اصابها ، وفي الجامع) مجمع الناس كالاسواق وابواب المساجد وفي الشامل والتعريف او ينادى في الأسواق والمساجد من ضاع له

فإن ذلـــك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها ، وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الإنتفاع ، من غير تعريف ، ولكنـــه يبقى على ملك مالكه ، لان التمليك من المجهول لا يصح ، فإن جاء صاحبها

شيء فليطلبه عندى (فان ذلك) اشار به إلى الموضع اصابه فيه (اقرب الى الوصول إلى صاحبها) لان صاحبها يرجع إلى الموضع الذى نسبه فيه .

(وإن كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان) يعني في مواضع مختلفة ، فجمعها حتى صارت بحكم الكثرة لها قيمة فلا اعتبار بقيمتها لانها ظهرت بصيغة وهي جمعه وله الانتفاع بذلك ، وذكر شيخ الإسلام ، ولوكانت متفرقة جمعها للمالك اخذها لانه يصير ملكا للأخذ بالجمع ، وكذا الجواب في التقاط المسائل ، وبــه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة وفي المحيط لو وجد النواة والصور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها ، أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعهـــا فالظاهر انه ألقى بها ، بل سقطت منه ... انتهى .

وكلام المصنف يدل على شيئين أحدهما أنه إذا جمعها يجوز الانتفاع بهـا لأنه علل بقوله (يكون القاؤه إباحة) أي القاء الشيء الذي يعلم أن صاحبه لا يطلب يكون إباحة منه لمن يأخذه (حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف) لأنـــه حينئذ من الإباحات ، والثاني يدل على انه لا يخرج من ملك مالكها أشار اليه بقوله (ولكنه يبقى على ملك مالكه) لأنه لم يخرج من ملكه فلا يكون ملكاً لمن أخذه (لأن التمليك من المجهول لا يصح) .

فإذا وجده في يد الملتقط أخذ منه إن شاء ، وفي المبسوط روى بشر عن أبي يوسف لو جز صوف شاة ميتة ملقاة كان له أن ينتفع به ، ولو وجد صاحب الشاة في يده كان لـه أن يأخذه منه ولو دفع جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعدما يعطيه مـــا زاد الدباغ فيه ، لأنه ملكه لم يزل بالالقاء ، وفي خلاصة الفتاوى التفاح والكمثرى والحطب في المال لا بأس أن يأخذها (فإن جاء صاحبها) أي صاحب اللقطة إن جـاء بعد التعريف

وإلا تصدق بها إيصالاً للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها ، وإيصال العوض وهـــو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها ، قال فإن جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الصدقة ، وله ثوابهـا ولأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه ، فيتوقف على إجازته والملك يثبـــت للفقير

وخبر إن محذوف تقديره رفعها إليه (وإلا) أي وإن لم يجديعني إذا لم يظفر الملتقط بصاحبها (تصدق بها) والمسألة من القدوري وتمامها فيه ، فإن جاء صاحبها بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء بمعنى الصدقة وإن شاء ضمن الملتقط .

وشرح المصنف كلام القدوري بقولـــه (إيصالاً) أي لأجل الإيصال (للحق إلى المستحق وهو) أي ايصال الحق الى المستحق (واجب بقدر الإمكان) ليخرج من عهدته ، ولما كان الإيصال أعم من أن يكون لصاحب الحق او لغيره أوضح ذلك بقوله (وذلك) أي إيصال الحق (بإيصال عينها) أي عين اللقطة ، (عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته) اي إجازة صاحب اللقطة (التصدق بها ، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها) أي باللقطة أي مستحقة ، وإنما قيد به لأنه إذا لم يجز التصدق لا يكون الثواب له (وإن جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو) أي صاحبها (بالخيار إن شاء أمضى الصدقة ولـــه ثوابها لأن التصدق وان حصل بإذن الشرع) حيث جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه البزار فإن جاء صاحبها فليرده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ... الحديث .

فهذا التصدق وان حصل بإذن الشرع (لم يحصل بإذنه) اي بإذن صاحبها الذي هو المالك ، فإذا كان كذلك (فيتوقف على إجازته) اي إجازة صاحب الصدقة (والملك يثبت للفقير) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال لمـا توقف فعاد التصدق على إجازته فينبغي ان يشترط وجود المحل عند الإجازة ، لكن لا يشترط حتى إذا هلك المال في يد

قبل الإجازة فلا يتوقف على قيـــام المحل بخلاف بيـع الفضولي لثبوته بعد الإجازة فيه وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه

الفقير ثم أجاز المالك جاز وتقدير الجواب ان الملك ثبت للفقير (قبل الإجازة) لأن الملتقط لما أذن له الشرع في التصدق ملكه الفقير لأن الصدقة من أسباب الملك (فلا يتوقف) اي ثبوت الملك (على قيام المحل) حتى لو هلك المال في يد الفقير تجوز الإجازة .

فإن قيل لو ثبت للفقير فالأخذ ينبغي ان لا يأخذه المالك إذا كان قائماً في يده ، قلنا ثبوت الملك لايمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له. وكالمرتد لو عاد من دار الحرب مسلماً بعد قيمة مالية بين ورثته ، فإنه يأخذ ما وجده قائماً بعد ثبوت الملك لهم (بخلاف بيع الفضولي) حيث يشترط فيه الإجازة قيـــام المحل (لثبوته) اي لثبوت الملك (بعد الإجازة) اي بعد إجازة المالك (فيه) اي في بيع الفضولي، وإذا أجاز المالك بيع الفضولي يشترط لصحة الإجازة قيام الأربعة المالك والمتعاقدان والمقصود عليه ان كان الثمن ديناً ، وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى في باب البيوع (وان شاء ضمن الملتقط) هذا عطف على قوله ان شاء رضي الصدقة (لأنه) اي لأن الملتقط (سلم ماله إلى غيره بغير إذنه) اي سلم مال صاحب اللقطة إلى غيره بغير إذنه منه فله ان يضمنه ، وبه قال مالك والثوري والحسن بن صالح .

وقال الشافعي وأحمد فإذا لم يجيء بعد التعزير ملكها الملتقط بحكم القاضي ، وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط او فقيراً وروى مثله عن عمر وابن مسعود وحارث رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والنخعي وابن المنذر واحتج الشافعي وأحمد بحديث زيد ابن خالد ، فإن لم يعرف فاستنفقها ، وفي رواية فاستمتع بها ولنا حديث أبي هريرة ان رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة ، فإن جـــاء صاحبه فليرده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ، فإن جاء فليخير بين الاجر وبين المطالة رواه البزار ، ولأنها ملك الغير فلا يملكها لغيرها ويملكها الفقير عنه ، فلحديث عياض بن

إلا انه بإباحته من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبـــد كما في تناول مال الغير حال المخمصة وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه وإن كان

حماد والجامعي وقد ذكرناه ، وفيه فإن جـــاء صاحبها وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء . رواه النسائي وغيره .

وما يضاف إلى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ، وعن أحمد مثله، وحديث زيد ابن خالد يمكن ان يكون في فقير فيحل عليه جمعاً بين الأحاديث ، فإن قلت ان حديث أبي هريرة غريب قلت ليس كذلك بل نقله القدوري وهو موافق للنصوص في عدم جوازه بملك مال الغير بغير إذنه ، فإن قلت كيف يضمن الملتقط وقد تصدق بإذن الشرع قلت الشرع أباح له التصدق وان ألزمه ذلك وهو يعني قول المصنف (إلا أنه) اي ان الملتقط (بإباحته من جهة الشرع) يعني ان الاذن كان إباحة منه لا التزاماً ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم لا الضمان وهو معنى قوله .

(وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حال المخمصة) فإنه يحل بإباحة شرعية ، لكن مع الضمان ، وكذا الرمي الى الصيد مباح ، وكذا المشي في الطريق مباح، فإذا هلك بذلك شيء يجب الضمان على الرمي وأيما شيء ، لان إسقاط حق محترم لايجوز.

وفي خلاصة الفتاوى ان يصدق الملتقط بإذن القاضي ليس له ان يضمنه ،وقال الكاكي هذا ليس بصواب إذا تصدق الملتقط بإذن القاضي لا يكون أعلى حالاً من تصدق القاضي بنفسه ، ويقال يضمن القاضي وههنا أولى ، كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان (وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه) اي لأن المسكين قبض مال اللقطة بغير إذن منـــه فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب ، لكن ان ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء .

اما المسكين فلأنه أخذ لنفسه ، ومن أخذ لنفسه لا يرجع على أحد كالمعتبر . وامـــا الملتقط فإنه ضمن مالك اللقطة وقت التصدق بغير انه يصدق بملك نفسه (وان كان) اي

قائماً أخذه لأنه وجد عين ماله . قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقـــال مالك والشافعي إذا وجـد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهمـــا أن الأصل في أخذ مـــال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع ؛ وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك ،

المال الذي هو لقطة (قائماً) في يد الفقير (أخذه لأنه وجد عين ماله) وهو حقه فيأخذه ان شاء (قال)أي القدوري(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير)هذا كلام القدوري.

وقال المصنف (وقـــال الشافعي ومالك إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل) وبه قال أحمد ، وعن مالك والليث في ضالة الإبل لو وجدها في القرى عرفها ، وفي الصحراء لا يتعرض لهاوهو رواية المزني عن الشافعي وعن مالك أن البقر كالشاة، أما إذا وجدها في مكان يغلب على الظن هلاكها أوفي قرية **لا مرعى فيهـــا** فالأولى أخذهـا عند الكل وفي الوجيز لو وجدها في بلدة او قرية او قريب منها فوجهان أحدهما لا يجوز وأصحها يجوز .

وما لا يمنع من صغار المتاع كالبعير والغنم والفحول والفصلان يجوز التقاطه في المفازة والعمران

وما لا يمنع من صغار المتاع كالعبد والغنم والفحول والفصلان يجوزالتقاطه في المنازةوالعمران في الأصح ، وفي شرع الأقطع الخلاف في الجواز ، وذكر الكتاب خلاف الأفضليـــة ، وروايات كتبهم ومستمسكاتهم تدل على أن الخلاف في الجواز (وعلى هذا الخلاف الفرس) الخلاف المذكور التقاط الفرس (لهما) أي للشافعي ومالك (ان الأصل في أخذ مـــال الغير الحرمـــة والإباحة مخافة الضياع) أي إباحـــة أخذ مـــال الغير لأجل الخوف عن ضياعه .

(وإذا كان معها) أي مع اللقطة (ما يدفع عن نفسها) كالعزل ونحوه (يقل الضياع ولكنـــه يتوهم) أي ولكن الضياع يتوهم (فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك) أي

ولنـــا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة ، فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته

المستحب أن يتركهـــا ، وقد ذكرنا الآن عن الأقطع أنه خلاف الجواز (ولنـــا انها) أى ان البقر والبعير والفرس (لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذهاوتعريفهاصيانة لأموال الناس كما في الشاة) فإن التقاطها يستحب بالإجماع .

وإذا خيف الضياع على البعير ونحوها يستحب أخذها أيضاً صيانة لأموال الناس ،فإن قلت ما تقول في حديث رواه البخارى عن زيد بن خالد رضي الله عنـه أن رجـلا سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة إلى أن قال فضالة الغنم ، فقال خذها فانما هي لكأو لأخيك أو للذئب قال رسول الله ﷺ فضالة الإبل قال فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجناته واحمر وجهه .

ثم قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها . قلت هو محمول على ما إذا لم يخف عليها ، أما إذا خيف عليها فأخذها للصيانة اولى ، ويدل عليه ما رواه الطحاوى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رجلا من مدينة اتى رسول الله ﷺ فسأل كيف ترى في ضالة الغنم قال طعام مأكول لك أو لاخيك أو للذئب أحسن على أخيك ضالته قال يـــا رسول الله ﷺ فكيف ترى في ضالة الغنم قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤهـــا ولا تخاف عليها الذئب تأكل الكلأ وترد الأذى عنها حتى يجيء طالبها ... انتهى .

قوله سقاؤها بكسر السين وأراد بها إذا وردت الماء تشرب يكون ربها من ظنهـــا والحذاء بكسر الحاء المهملة وبالذال المعجمة وبالألف ممدودة وأراد بها حقاقها التي تقوى بهـــا على السير ، فإن قلت ينبغي أن لا يجوز أخذ اللقطة أصلا بدليل ما روى في شرح الآثار عن أبي عبادة رضي الله عنـــه قال قال رسول الله ﷺ ضالة المسلم حرف التاء — قلت معناه إذا أخذها للركوب لا للتعريف والحرف بفتحتين اسم الاحراف. وعن ثعلب الحرف اللهب يعني إن تملكها سبب العقاب من النار . وكذا الجواب عن الحديث الآخـر وهو قوله عليه السلام لا يرى الضالة إلا الضال يعني إذا أخذها لنفسه وإن أبرأها إذا كان لنفسه لا للتعريف .

عن ذمة المالك ، وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها ، لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له ، وقد يكون النظر في الإنفاق على مـا نبين ، واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه ، فإن كان للبهيمة منفعة أجرها وأنفق عليها من أجرتها ، لأن فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق ، وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنهـا إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة ،

عن ذمة المالك) فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره وبغير أمر القاضي (فـإن أنفق بأمره) أي بأمر القاضي (كان ذلك) أي انفاقه (دينـاً على **صاحبها**) أي صاحب اللقطة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المال (لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له)أي لاجل النظر للغائب لانه نصبه لمصالح المسلمين فيعم ولايته .

(وقد يكون النظر في الإنفاق) أي وقد يكون نظر الحاكم في الامر بالانفاق **على** اللقطة ، فكل ما رآه القاضي أحوط وأصلح كان له ذلك (على مـا نبين **إن شاء الله** تعالى) أي بعد خمسة خطوط عند قوله وإذا كان الاصلح الإنفاق عليها (وإذا رفع ذلك) أي أمر اللقطة (إلى الحاكم نظر فيه) أي في أمر اللقطة (فاذا كان للبهيمة منفعة) وهي صلاحيتها للاجارة كالحيوان التي تركب (أجرها وانفـق عليها من أجرتها لان فيـه) أي لان في أمر الإجارة (ابقاء العين) أي عين اللقطة (على ملكه) أي على ملك صاحبها (من غير إلزام الدين عليه) أي على صاحبها .

(وكذلك يفعل) أي الحاكم (بالعبد الآبق) فانه يؤجره وينفق عليه من أجرته ، لأن فيه إبقاء لملكه (وإن لم يكن لها منفعة) كالشاة مثلا (وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر) أي الملتقط (بحفظ ثمنها إبقاء له) أي لاجل إبقاء اللقطة لمالك (معنى عند تعذر إبقائه صورة) أي من حيث المعنى بالمالية حيث لم يكن انفاء الصورة لانـه

وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك ، وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه نصب ناظراً وفي هـــذا نظر من الجانبين ، قالوا وإنما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها ، لان دارة النفقة مستأصلة ، فلا ينظر في الانفاق مـــدة مديدة ، قال في الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يـــده ولا يأمر فيـــه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالانفاق فيها ، فلا بـــد

يخاف عليها أن يستأصل النفقة القيمة (وإن كان الأصلح الإنفاق عليها) يعني القاضي لو رأى الإنفاق أصلح (أذن في ذلك) أى في الانفاق .

(وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه) أي لان القاضي (نصب ناظراً) في أمور المسلمين يفعل ما رآه أحوط وأصلح كان له ذلك بعموم ولايته (وفي هذا) أي وفي إذن القاضي للملتقط في الإنفاق وجعل النفقة ديناً على المالك (نظر من الجانبين) جانب المالك بإبقاء عين مالكه وجانب الملتقط برجوعه على المالك بما أنفق . (قالوا) أي المشايخ (وإنما يأمر الإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها) أي يأمر القاضي ببيع اللقطة (لأن دارة النفقة) أي استمرارها (مستأصلة) للقيمة (فلا ينظر في الإنفاق مدة مديدة) أي طويلة (قال) أي المصنف (في الأصل) أي في المبسوط (شرط إقامة البينة) حيث قال فإن رفعها إلى قاض وأقام بينة أنـــه التقطها أمره بأن ينفق عليها (وهو الصحيـــح) وفي بعض النسخ وهو الصحيح وهـــو اختيار المصنف ، وقال الولوالجي في فتاواه :

قالوا هـــذا إذا كانت اللقطة شيئاً لا يخاف الهلاك عليه مبني لم ينفقـــه إلى أن تقوم البينة ، أما إذا كان يخاف أمان القاضي لا يكلفه إقامة البينة لكن تهول له اتفـــق عليه إن كنت صادقاً (لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يـــده ولا يأمر فيه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالانفاق فيها) خوفاً من ضياعها (فلا بـــد) أي

من البينة لينكشف الحال، وليست تقام للقضاء، وإن قال لا بينة لي يقول القاضي أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ولا يرجع إن كان غاصباً، وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعدما حضر، ولم يتبع الملتقط إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية

فإذا احتمل في اللقطة الغصب فلا بد (من البينة) على انه التقطها (لينكشف الحال) للحاكم حتى يقع أمره على الصواب .

(وليست تقام) أي البينة (للقضاء) أي لأجل الحكم ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كيف شرط في الأصل إقامة البينة ، ولا تقوم البينة إلا على مدع منكر **ولم يوجد ذلك هنا، وتقدير الجواب أن البينة هنا ليست لأجل قضاء القاضي، وإنما لكشف** الحال يعني تقام حتى ينكشف حال البهيمة أنهـــا لقطة أو غصب ، فإن في الأولى يأمر القاضي بالإنفاق دون الثاني .

(وإن قال لا بينة لي) أي وإن قـــال الملتقط لا بينة لي على أني التقطها (يقول له القاضي أنفق عليــه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ، ولا **يرجع إن كان غاصباً) قوله ولا يرجع بالنصب لأنه عطف على قوله حتى يرجع فإن يرجع** فيه منصوب بتقدير أن بعد حتى (وقوله) اي قول القدوري وهو مبتدأ (في الكتاب) اي في مختصر القدوري (وجعل النفقة ديناً على صاحبها) هذا لفظ القدوري (إشارة) بالرفع خبر المبتدأ المذكور (إلى أنه إنما يرجع) اي الملتقط (على المالك بعد ما حضر ، ولم يتبع الملتقط) اللقطة ، وضبطــه بعضهم على صيغــة المجهول (إذا شـــرط القاضي الرجوع) هذا متصل بقوله إنما يرجع الملتقط (على المالك) إذا شرط القاضي الرجوع على المالك .

(وهذه رواية) اي شرط الرجوع رواية ، فعلى هذه الرواية إذا أمر القاضي بالانفاق على اللقطة ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه ، وفي الرواية الأخرى يرجع .

وهو الأصح ، قال فإذا حضر يعني المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه يحيي بنفقته ، فصار كأنه استفاد الملك من جهة الملتقط فأشبه المبيع ، وأقرب من ذلك رد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس ، لانه يصير بالحبس شبيه الرهن ،

(وهو الاصح) اى الاصح في الرجوع إن شرط القاضي الرجوع ، واحترز به عن قوله بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي يكفي للرجوع (وإذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها) أي يمنع اللقطة من المالك (حتى يحضر النفقة)الذي أنفقها الملتقط على اللقطة (لأنه) اى لان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المذكور ، قاله الكاكي والاوجه ان يقال ذكره باعتبار المال ، وكذلك الكلام في قوله (يحيى بنفقته) اى بنفقة الملتقط (فصار ، كأنه استفاد الملك من جهته) اى من جهة الملتقط (فأشبه المبيع) حيث يجوز للبائع ان يحبس المبيع لاستيفاء الثمن .

(وأقرب من ذلك) اى اقرب من البيع الى اللقطة في السيد (رد الآبق) اى العبد الهارب ، لان الذى رده لحبسه لاجل اخذ الجعل ، وهو معنى قوله (فان له) اى الراد دل عليه قوله،رد الآبق (الحبس) أى حبس الآبق (لاستيفاء الجعل) وهو اربعون درهماً على ما يأتي (لما ذكرنا) هو قوله حتى ينفقه ، فكما ان اللقطة حيث ينفقه الملتقط ، فكذلك الأبق حتى يرد من مسك (ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه) اى بهلاك اللقطة على تأويل المال (في يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط اذا هلك بعد الحبس ، لانه) اى لان اللقطة على تأويل المال لما ذكرنا (يصير بالحبس شبيه الرهن) اذا هلك بعد حبس الرهن بالنفقة ، وفي الذخيرة اذا الى الراهن ان ينفق على الرهن فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى في النفقة ، ولو هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن ثم قال قول زفر ، وقال يوسف ليس له ان يحبس بالنفقة ، فاذا هلك في يد المشترى ، والنفقة دين على الراهن بحاله .

قال ولقطة الحل والحرم سواء ، وقال الشافعي يجب التعريف إلى أن يجيىء صاحبها لقوله ﷺ في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها . ولنا قوله عليه السلام إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ، ولأنها لقطة ، وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها ، وتأويل ما روي أنه لا يحل

(قال) أي القدوري « رح » (ولقطة الحل والحرم سواء) يعني في الحكم (وقال الشافعي يجب التعريف) أي تعريف لقطة المحرم (إلى أن يجيىء صاحبها) قال أحمد في رواية (لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ (في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها) هذا أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة ... الحديث بطوله ... وفيه يلتقط لقطة إلا من عرفها ... الحديث ، وفي لفظ لها يلتقط شيئاً قطعها إلا منشد ، وقال أبو عبيد المنشد المعرف والثالثة الطالب معناه لا يحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها .

(ولنا قوله عليه السلام إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل) يعني بين لقطة الحل ولقطة الحرم ... الحديث ، أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ، قال جاء رجل فسأل النبي ﷺ عن اللقطة فقال إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ... الحديث والعفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاء بكسر الواو بالمد هو الرباط ينشد به .

(ولأنها) أي ولأن لقطة الحرم (لقطة) كسائر اللقطات فأبيح أخذها ، وجاز الانتفاع بها بعد حول الحول كلقطة الحل (وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه) يعني من حيث يحصل الثواب له (فيملكه) أي الملتقط (كما في سائرها) أي كما يملك في سائر اللقطات (وتأويل ما روي) أي ما رواه الشافعي (انه لا يحل

الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنـــه لا يسقط التعريف فيـــه لمكان أنه للغرباء ظاهراً . وإذا حضر رجل فادعى اللقطة ولم تدفع إليه من يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء ، وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل إن سمى وزن الدراهم

الالتقاط إلا للتعريف) ولهذا ذكر في رواية أخرى ولا يلتقط لقطة إلا من عرفها .

(والتخصيص بالحرم) هذا جواب عما يقال ما وجه تخصيص الحرم في هذا المعنى ، وتقدير الجواب أن تخصيص حل الرفع بالحرم يعني بلقطة الحرم (لبيـــان انه لا يسقط التعريف فيه) أي في الحرم (لمكان أنه) أي ان الذي يلتقط فيه (للغرباء ظاهراً) أي من حيث الظاهر بيان ذلك أن مكة مكان الغرباء لأن الناس يأتون إليهـا من الأقطار من كل فج عميق ، ثم يتفرقون في شعابها ،قالت إن لفظها لغريب لا يدرى عوده إلى مكة ،فلا فائدة إذا في التعريف فينبغي أن يسقط التعريف اصلاً لعدم الفائدة ، فما زال رسول الله ﷺ ذلك الوهم ، فقال لا تحل رفع لقطها إلا لعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد ، وقيل لا يصح عند الشافعي بالحديث المذكور إلا إذا جعل الناشد ، وجعل إلا بمعنى ولا تقديره لا يحل لقطها لا لغير الملتقط ولا للملتقط ... انتهى .

قلت قد ذكرنا أن المنشد هو العرف ، والناشد هو الطالب وبذمته ليس كذلك ، قال صاحب الوجيز معنى الحديث لا يحل لقطها إلا لمنشد على الدوام ، وإلا لم تظهر فائـــدة التخصيص (وإذا حضر رجل فادعى اللقطة ولم يدفع إليه حتى يقيم البينة فـإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك) أي على الدفـع (في القضاء) بمعنى الحاكم لا يجبره على الدفع (وقال مالك والشافعي يجبر) على الدفع ، قال الكاكي هذا وقع في نسخ أصحابنا ، ولكن القائل يوجب الدفع بالعلامة ، مالك وأحمد وداود وابن المنذر فإن في كتب أصحاب الشافعي قوله كقولنا (والعلامة مثل إن سمى وزن الدراهم

وعددها ووكاءها ووعاءها ، لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ، ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه ، وهذا للإباحة

وعددها ووكاءها ووعاءها) ويصف في ذلك كله ، وقد مر عن قريب تفسير الوكاء .

(لهما) أي لمالك والشافعي (أن صاحب اليد) الذي هو الملتقط (ينازعه) أي ينازع المدعي لأن اللقطة له (في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف) أي وصف اللقطة بذكر العلامة (لوجود المنازعة من وجه) وهي المنازعة في اليد (ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه) وهي المنازعة في الملك حاصله أن الملتقط لا نزاع له في الملك لأنه يدعي الملك ، وإنما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترط بيان العلامة دون إقامة البينة (ولنا أن اليد حق مقصود) للإنسان (كالملك) حتى يجب الضمان على الغاصب بإزالة اليد ألا ترى ان المدبر إذا غصبه غاصب يلزم الزمان لإزالة يد المحرم وإن لم يكن قابلاً للملك .

فإذا كان كذلك (فلا يستحق) أي المدعي (إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك) إذا ادعاه لقوله عليه السلام البينة على المدعي (إلا انه) أي غير ان الملتقط (يحل له الدفع) أي دفع اللقطة إلى صاحبها (عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه) ... الحديث رواه مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فاعطه إياها وإلا فاستمتع بها ، وفي رواية والا فهي كسبيل مالك ، وفي رواية أبي داود فان جاء مالكها فعرف عددها ووكاءها فادفعها اليه .

(وهذا) أي قوله عليه السلام فادفعها اليه (للاباحة) يعني الأمر فيه للاباحة ، لأن

عملاً بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي ... الحديث ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه استيثاقاً ، وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده ،

الأمر يجيء للاباحة (عملا بالمشهور) أي لأجل العمل بالحديث المشهور (وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي ... الحديث) أي أتم الحديث وتمامه واليمين على من أنكر بيانه أي قوله عليه السلام ادفعها اليه ولم يحمل على الإباحة ، وحمل على الوجوب لزم التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه ، والأصل في التعارض الجمع عملا بالدليلين ، فحملنا ما تمسك به الشافعي على اباحة الدفع دفعاً للتعارض بين الحديثين .

وقال الأكمل ولقائل أن يقول الحمل على الإباحة عملا بالمشهور فيلزم عدم الجواز الدفع أيضاً ، لأن انتفاء الوجوب يلزم انتفاء الجواز أن الشافعي لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب ، والمصنف ها هنا في مقام الدفع فجاز أن يدفعه على طريقه فيلزمه الخصم .

(ويأخذ منه) أي من مدعي اللقطة (كفيلا اذا كان) أي الملتقط (يدفعها اليه) أي يدفع اللقطة الى المدعي (استيثاقاً) أي لأجل الاستيثاق لنفسه حتى اذا ظهر الأمر بخلاف ، وتقدر الرجوع اليه يرجع على الكفيل ، هذا اذا دفعها بالعلامة ، أما لو دفعها بالبينة ، فلأبي حنيفة « رح » روايتان ، والصحيح انه لا يأخذ كفيلا ، كذا في جامع قاضي خان (وهذا بلا خلاف) يعني أخذ الكفيل منها بلا خلاف (لأنه يأخذ الكفيل لنفسه) ولا يأخذه لغيره (بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة ودل الضمير اليه ، وان لم يسبق ذكره لشهرة حكم تلك المسألة صورته ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة ، وعندهما تؤخذ والفرق عند أبي حنيفة أن حق الحاضر ها هنا غير ثابت ، فيمكن أن يكون غيره فيضمنه ، ولا يمكن الرجوع على الأخذ لانه قد تتوارى فيحتاط بأخذ الكفيل .

أما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم ، وحق الآخر موهوم فلا يجوز أن يأخذ حق الحاضر الثابت الموهوم ، وقال الأترازي قوله ويأخذ منه كفيلاً إلى قوله وهذا بلا خلاف فيه

وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر، والمودع مالك ظاهر، ولا يصدق باللقطة على غنى، لأن المأمور هو التصدق بقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليصدق به والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة، وإن كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع بها،

وقال الشافعي

تناقض من المصنف لانه قال في فصل المواريث فيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف .

(واذا صدقه) أي اذا صدق الملتقط مدعي اللقطة (قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه) أي لا يجبر المودع على الدفع يعني لو جاء رجل إلى المودع وقال أنا وكيل المودع في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع إليه لأنه أمر بحق القبض في ملك الغير (وقيل يجبر لأن المالك ها هنا غير ظاهر) أي مالك آخر غير هذا المدعي في اللقطة غير ظاهر ولما أقر أنه وهو المالك يلزمه إقراره فيجبر على الدفع .

(والمودع) بكسر الدال (مالك ظاهر) فبالإقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع إليه لأنه غير مالك بيقين ، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء ، وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له لم يأمره ، وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ، ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وإنه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط .

(ولا يصدق باللقطة على غنى لأن المأمور هو التصدق بقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليصدق به) أي ما أمر بالصدقة (والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة) حيث لا يصح على غنى ، والحديث رواه أبو هريرة ، أخرجه الدارقطني ، وقد تقدم (وإن كان الملتقط غنياً لم يجز أن ينتفع بها) أي باللقطة (وقال الشافعي

يجوز ، لقوله عليه السلام في حديث أُبي رضي الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها ، وكان من المياسير ، ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ، ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص ،

يجوز) وبه قال أحمد (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (في حديث ابي فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها) حديث ابي بن كعب رضي الله عنه في الصحيحين ، وفيه فاحفظ عددها ووعاءها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فانتفع بها .. الحديث .

(وكان) أبي بن كعب رضي الله عنه (من المياسير) أي من الأغنياء ، وهذا من كلام المصنف وليس من سنن الحديث ، والمياسير جمع ميسور ضد المسور ، وهما وجهان عند سيبويه ومصدران عند غيره ، قيل يرد كلام المصنف ما رواه البخاري ومسلم عن أبي طلحة ، قلت يا رسول الله إن الله تعالى يقول ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ ٩٢ آل عمران ، وأن وجب أموال إلى برها فما ترى يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان ، فهذا صريح ان ابيا كان فقيراً ، قلت يحتمل انه ليس بعد ذلك ، وقضاء بالأحوال الطرف اليها لاحتمال سقط فيها الاستدلال .

(ولأنه) أي لأن الانتفاع باللقطة (إنما يباح للفقير حملا له على رفعها) أي لكونه حاملا وباعثاً على رفعها أي على رفع اللقطة (صيانة لها) أي حفظاً للقطة ، يعني حفظاً لها عن الضياع (والغني يشاركه فيه) أي يشارك الفقير في الإنتفاع بها ، حاصله أن أصل الانتفاع باللقطة للفقير بعد التعريف لا للتصدق فيصير ذلك سبباً للالتقاط ، فيصير المال محفوظاً على المالك ، فإنة متى علم انه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب في الالتقاط والغني يشارك الفقير في هذا المعنى ، فيشاركه في الانتفاع .

(ولنا انه) أي ان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المال (مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص) الحرية للتعرض لملك مال الغير فلا يباح ، قال الله

والاباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما رواه على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف، والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها، وانتفاع أبي كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه .

تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ .

(والإباحة للفقير لما رويناه) وهو قوله عليه السلام فليصدق بـه فعلم أن الإباحة بطريق التصدق (أو بالاجماع) على جواز تعادل الصدقة للفقير دون الغني (فيبقى ما رواه على الأصل) أي بقي ما رواه جواز الإنتفاع الفقير على الأصل وهو حرمة الإنتفاع بمال الغير بغير إذنه (والغني محمول على الأخذ) هذا جواب عما قال الشافعي يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا على رفع اللقطة وصيانتها لأنه إذا عرف ان اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد التعريف يرفعها رجاء أن يؤول إليه، وتقرير الجواب أن الغني محمول على الأخذ، يعني كونه حاملا لرفعها (لاحتمال افتقاره في مدة التعريف) يعني يحتمل أن يكون فقيراً في مدة التعريف .

(والفقير قد يتوانى) أي قد يتكاسل في الأخذ (لاحتمال استغنائه فيها) أي في مدة التعريف، فيكون الحاصل في كل منهما رفع اللقطة والجاحد اليها، وكذلك في كل منهما مال عدم رفعها، الا ان الحامل في المعنى لا يوجب الانتفاع بها بخلاف الفقير ويطوف الاحتمال في المال لا يؤثر في الحال .

فإن قلت في صحيح البخاري عن زيد بن خالد الجهني، فان جاء صاحبها والافشأنك فدل على الانتفاع للملتقط غنياً كان أو فقيراً، قلت معنى شأنك الزم شأنك بها في الحفظ لصاحبها (وانتفاع أبي كان باذن الامام) هذا جواب عن استدلال الشافعي بحديث أبي ابن كعب رضي الله عنه بيانه ان انتفاع ابي بن كعب رضي الله عنه كان بإذن الإمام تخصيصاً له، كما في شهادة خزيمة رضي الله عنه (وهو جائز باذنه) أي الإنتفاع باللقطه بعد مدة التعريف جائز للغني باذن الإمام على وجه يكون قرضاً .

وهذا الجواب الذي أجاب به المصنف عن حديث ابي بن كعب رضي الله عنه إنما

يمشي على كون ابي غنياً ، لانه قال فيما مضى وكان من المياسير ، وقد قلنا فيما مضى انـه كان فقيراً او بين ذلك قال الأترازي في جوابه من حديث ابي قال اصحابنا انه كان فقيراً وذكـر حديث ابي طلحة ،وقد ذكرناه ، فان قلت قال الترمذي عقيب حديث ابي رضي الله عنه والعمل عليه عند اهل العلم ، وهو قول الشافعي واحمد واسحاق ، قالوا لصاحب اللقطة ان ينتفع بها اذا كان غنياً ، ولو كانت اللقطة لا تحل الا لمن تحل له الصدقة لم يحل لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه ، وقد أمر رسول الله ﷺ باكل الدينـار حين وجده ، ومن لم يعرفه .

قلت أجيب عن هذا بما اجيب عن حديث ابي رضي الله عنه فرواه ابو داود في سننه عن سهل بن سعد أن علي بن ابي طالب دخل على فاطمة وحسين رضي الله عنهما وهما يبكيان ، فقال ما يبكيكما قالا الجوع ، فخرج علي رضي الله عنه فوجد ديناراً بالسوق فجاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقاً ، فجاء اليهودي واشترى به دقيقاً فقال اليهودي انت حسن هذا الذي يزعم انه رسول الله قال نعم قال فخذ ثم جاء فاطمة رضي الله عنها فاخبرها ، فقالت اذهب به إلى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحماً فذهب فرهن الدينار بدرهم فطبخت وخبزت وأرسلت الى أبيها ، فجاء فقالت يا رسول الله اذكر لك فان رابعة حلالا أكلناه من شأنه كذا وكذا ، فقال كلوا بسم الله فأكلوا مكانهم اذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار ،فأمر النبي ﷺ فدعى فسأله فقال فسقط مني في السوق ،فقال النبي ﷺ يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله ﷺ أرسل الي بالدينار ،ودرهمك علي فأرسل به فدفعه النبي ﷺ اليه ... انتهى .

واستشكل هذا من جهة ان علياً رضي الله عنه انفق الدينار قبل التعريف ، وأجاب المنذري بأن مراجعته علي رضي الله عنه رسول الله ﷺ على ملأ الخلق اعلان به ، ثم قال بهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة واحدة ، قلت هـذا رواه عبد الرزاق عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال ان علياً بن ابي طالب رضي الله عنه وجـد ديناراً في السوق فأتى النبي ﷺ فقال عرفه ثلاثة ايام قال فعرفه ثلاثة ايام فلم يجد من يعرف ، فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال شأنك... الحديث .

وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره ، وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته ، وإن كان هو غنياً لما ذكرنا ، والله أعلم .

(وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه) أي من الانتفاع (من تحقيق النظر من الجانبين) جانب الملتقط بالانتفاع ، وجانب المالك بحصول الثواب له .

(ولهذا) أي ولكون النظر فيه من الجانبين (جاز الدفع) أي دفع اللقيط (إلى فقير غيره) من الفقراء أو هو وسائر الفقراء سواء في الفقر ، فجاز الانتفاع له أيضاً،(وكذا) أي وكذا يجوز (إذا كان الفقير أباه) أي أب الملتقط (أو ابنه أو زوجته ، **وإن كان هو)أي الملتقط (غنياً)وصرفها إلى هؤلاء،وكلمة إن واصلة لما قبلها** (لما ذكرنا)أي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولو التقط العبد شيئاً بغير إذن مولاه يجوز عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول فإذا أتوه طولب ربه وبقضاء الدين أو البيع فيه سواء أتوه قبل التعريف أو بعده ، وبه قال أحمد والشافعي في وجه لأنه ضمان خيانة فتعلق برقبته ، ويظهر في حق المولى، وعند مالك إن أتلفه قبل التعريف يؤمر الولي بالدفع أو القدر وإن أتلف بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق،لأن الشرع أذن له في الانتفاع فكانا ضمان بحصته فلا يظهر في حق المولى .

* * *

كتاب الاباق

الآبق أخـــذه أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه ، وأما الضال فقد قيل كذلك ، وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ، ثم أخذ الآبق

(كتاب الإباق)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الآبق وهو الحرب من أبق من باب ضرب يضرب ، وفي المبسوط الإباق التمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ، ورواة الأعراق يطهر العبد عن نفسه فراراً ليصير ماله ضمان أو رده إلى مولاه إحسان ، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان .

والآبق هو الذي يهرب عن مولاه قصداً ، والضال هو الذي ضل الطريق إلى منزله ، وفي النهاية هذا الكسب أعني اللقيط واللقطة والإباق والعتق ركيت يجانس بعضها بعضاً من حيث ان في كل منهما عرضة الزوال والهلاك .

(الآبق) على وزن فـاعل مرفوع بالإبتداء ، وقوله (أخذه) مبتدأ **ثان وخبره هو** قوله (أفضل) والجملة خبر المبتدأ الأول (في حق من يقوى عليه) أي من يعذر على أخذه أولا نعلم خلاف بين أهل العلم (لما فيه) أي لما في أخذه (من إحيائه) لأنه هالك في حق المولى ، فيكون الرد حياته .

(وأما الضال فقد قيل كذلك) أي حكم الآبق أخذه أفضل ، لما فيه من إحياء النفس ومن التعاون على البر كالآبق (وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانـــه) يعني الضال يطلب مالكه فلا يبرح عن مكانه (فيجده المالك ولا كذلك الآبق) بخلاف الآبق لأنـه يخفي عن مولاه ، وإذا لم يؤخذ يضيع حقه (ثم أخذ الآبق) الأخذ على صيغـــة اسم

يأتي به إلى السلطان ، لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً بخلاف الضال ، وقال ومن رد آبقاً عن مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

الفاعل (يأتي به) أي بالآبق (إلى السلطان) او نائبه القاضي (لأنه) أي لأن آخذه (لا يقدر على حفظه) أي حفظ الآبق (بنفسه) لتمرده وعجز أخذه ، ثم هذا الذي ذكر في الاتيان بالعبد الآبق إلى السلطان اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني فالآخذ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام .

وكذلك الضال والضالة الواحد فيهما بالخيار كذا في الذخيرة (بخلاف اللقطة) حيث لا يرفعه إلى السلطان لأنه قادر على حفظها بنفسه (ثم اذا رفع الآبق اليه) اي إلى السلطان (يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً) فيكون تركه حبسه تعريضاً على الإباق (بخلاف الضال) لأن الظاهر أنه لا يروح إذا لم يحبس .

وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا أتى الرجل بالعبد فأخذه السلطان فحبسه فادعاه رجل وأقام البينة انه عبده قال يستحلفه ما بعته ولا رهنته ، ثم يدفعه إليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا ، وإن أخذ منه القاضي كفيلا لم يكن ليأخذه ولكن لا يأخذه أحب إلي ، قال الحاكم هذه رواية أبي حفص ورأيت في بعض روايات سليمان قال أحب إلي أن يأخذ منه كفيلا ، وإن لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك وإن لم يكن للمدعي نية ، وأقر العبد انه عبده قال يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلا ، وإن لم يجيء للعبد طالب قال اذا طال ذلك باعه الإمام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة بأن العبد عبده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الامام ، وينفق على الامام في مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذ من صاحبه إن حضر ومن ثمنه إن باعه .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن رد آبقاً عن مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانـــه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال .

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين درهماً ومنهم من أوجب ما دونها

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك) أي من مسيرة السفر (فبحسابه) أي فبحسب الجعل بحساب ما دون السفر ، والجعل بالضم ما يجعل للعامل على عمله .

(وهذا استحسان) أي وجوب الجعل استحسان المشايخ لاتفاق الصحابة على ذلك (والقياس أن لا يكون له) أي للمسير (شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي) وبه قال ابن المنذر وبعض أصحاب أحمد ، وهو قول ابراهيم النخعي أيضاً ، ولكن مـا أنفق عليه ويجب بالشرط ،بأن قال من رد عبدي علي فله كذا (لأنه) أي لأن المراد (متبرع بمنافعه) في رده (فأشبه العبد الضال) .

حيث لا يجب شيء فيه ، ولو تبرع عليه يعني من أعيان ماله فلا يرجع عليه ،فكذا اذا تبرع بمنافعـه ، ولا يستوجب الآبق نهى له عن المنكر ، والنهي عن المنكر فرض ، فإذاً لا يستوجب فاعل الفرض جعلا .

(ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، الا أن منهم من أوجب اربعين درهماً ، ومنهم من أوجب مـــا دونها) أي مـا دون الأربعين ، فمن الصحابة الذين أوجبوا الأربعين درهما عن عمر رضي الله عنـــه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهماً ، ومنهم معاويـــة رضي الله عنه ، رواه ابن أبي شيبة أيضاً ، حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي إسحاق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية رضي الله عنه أربعين درهماً ، ومنهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عن عبد الله بن رباح عن أبي عمرو

فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه ، توفيقاً وتلفيقاً بينهما ، ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد ، إذ الحسبة نادرة فتحصل

السبابي رضي الله عنه قال أصبت علماءنا قالا بألفين وذكرت ذلك لابن مسعود رضي الله عنه فقال الأجر والغنيمة قلت ما الغنيمة قال أربعون درهماً في كل رأس .

ومن الصحابة الذين أوجبوا أقل من أربعين درهماً عن ابي طالب رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن يزيد ويزيد بن هارون عن حجاج عن كمصى عن الشعبي عن الحارث عن علي رضي الله عنه أنه جعل في بعض الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً ، وفيه حديث مرفوع ومرسل أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن عمرو بن دينار أن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم .

(فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها) أي أوجبنا ما دون الأربعين (فيما دونه) أي فيما دون السفر (توفيقاً) بين الآثار المذكورة (وتلفيقاً بينهما) أي جمعاً بين الروايات المتعارضة ، والتلفيق بالضم يقال لفقت الثوب ألفقته وهو أن يضم شقة إلى أخرى كذا في الصحاح ، فإن قلت كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير يتضمنه قلت لم يؤخذ بالأقل لإمكان التوفيق بين أقاويلهم وأشار إليه المصنف بقوله فأوجبنا الأربعين إلى آخره .

وعن أحمد إن رده من المصر فله عشرة دراهم أو دينار ، وإن رده من خارج المصر سواء كان مرة السفر أو لا فله أربعون ، وقال مالك له أجر مثله في قدر تعبه وسفره ، وتكلف طلبه ممن شأنه وعادته طلب الإباق ، وإن لم يكن ممن نصب نفسه كذلك فله نفقته عليه ، لأنه اختلف فيه الصحابة فيه علم أنه غير مقدر بشيء معين فيجب أجر المثل (ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد) هذا دليل عقلي لوجوب الجعل بيانه ان الأصل في إيجاب الجعل هو أنه يحمل على رد الآبق .

(إذ الحسبة) أي العمل فيه لأجل اعتقاد الأجر (نادرة) فإذا كان كذلك (فتحصل)

صيانة أموال الناس ، والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما ،

لوجوب الجعل (صيانة أموال الناس) من الضياع فيرغب كل واحد عن تحصيل الآبق ليرده إلى صاحبه ، فيأخذ الجعل ، والرد يحتاج إلى عناء فقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ، ففي إيجاب الجعل يحصل صيانة الأموال (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الشافعي الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل أي تقدير الجعل في الآبق بدليل سمعي أو هو إجماع الصحابة الذي ورد في حكم الآبق من وجوب الجعل على حسب الاختلاف في كمية المقدار فيه ، ولا اختلاف في أصل الوجوب لأنه وقع مجمعاً عليه من غير تكبر منهم .

(ولا سمع في الضال) أي لا يرد شيء في وجوب شيء في رد الضال (فامتنع) قياس الآبق على الضال ، وكان القياس في رد الآبق عدم الوجوب أيضاً ، إلا أنا تركنا القياس فيه لوجود السمع ، ولا سمع في الضال ، فبقي على أصل القياس (ولأن الحاجة) إشارة إلى إلحاق الآبق بالضالة بيانه أن الحاجة (إلى صيانة الضال دونها) أي دون الحاجة (إلى صيانة الآبق لأنه) أي لأن الضال (لا يتوارى) أي لا يختفي (والآبق يختفي) لانه هارب ، والهارب يخفي لنفسه .

(ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بأن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهماً ، وثلاثة دراهم ، ورد هذا قول من قال إن قوله رضخ إلى آخره تكرار لما ذكره قبله ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بيانه أن هذه الأوجه الثلاثة أعني قوله واضح إلى قوله وإن كانت تفصيلة لما ذكره أولاً ، فإن التقدير الشرعي إذا ثبت على خلاف القياس يمنع أن يكون لما دون القدر حكم القدر فقال لأجل ذلك ويقدر الرضخ بالمعجمتين من قولهم ، وأرضخ فلان بفلان ماله إذا أعطاه قليلا من كثير ، والاسم الرضيخة يقال أعطاه رضيخة من ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد .

(في الرد عما دون السفر باصطلاحهما) أي باصطلاح المراد المالك يجب ما يقع عليه

أو يفوض إلى رأي القاضي ، وقيل يقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر . قال وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهماً ، قال رضي الله عنه وهـــذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ، ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل ، لأنه حط منه . ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص درهم

اتفاقهما ، وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي أشرنا إليها (أو يفوض إلى رأي القاضي) هذا هو الوجه الثاني أو يفوض أمر الرضخ إلى رأي القاضي على حسب ما يدار ، قالوا هذا هو الأشبه بالاعتبار (وقيل يقسم الأربعون)هـــذا هو الوجه الثالث أي يقسم الأربعون التي هي الجعل (على الأيام الثلاثة) فيجب بإزاء لكل يوم ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم (إذ هي) أي الأيام الثلاثة (أقل مدة السفر) في القصر في الصلاة وغيرها ، وفي فتاوى الولوالجي وإذا كان العبد الآبق بين رجلين أو ثلاثـة فالجعل عليها على قدر الأنصباء لأن منفعة الرد حصلت لها ثلاثاً ، فكذلك الجعل عليها يكون ، وفي الذخيرة ولو كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي الجعل كله أو لا يكون معتبراً في نصيب الغائب بل يرجع عليه . (قال) أي القدوري «رح» (وإن كانت قيمته) أي قيمة الآبق (أقل من أربعين يقضى له) أي للراد (بقيمته) أي بقيمة العبد الآبق (إلا درهماً) ينقص من الأربعين لأن ما دون الدرهم كسور ، ولا يجوز اعتباره شرعاً للنص (قال) أي المصنف (وهـــذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً) وبه قال أحمد (لأن التقدير بهـــا) أي بالأربعين (ثبت بالنص) أي بالأثر (فلا ينقص عنها) أي من الأربعين (ولهـــذا) أي ولكون الأربعين منصوصاً عليها (لا يجوز الصلح على الزيادة) أي على الأربعين يعني إذا صالح المالك مع الراد على أكثر من الأربعين درهماً لا يجوز الصلح لتعين الأربعين بالنص (بخلاف الصلح على الأقل) حيث يجوز (لأنه حط منه) أي من الأربعين (ولمحمد أن المقصود) يعني من الجعل (حمل الغير على الرد) أي رد الآبق (ليحيى مال المالك) لأن الآبق كالهالك (فينقص درهم

ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة وأما أم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى ، لما فيه من إحياء ملكه، ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ، ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله

ليسلم له شيء) من مالية العبد (تحقيقاً للفائدة) وهي حياة مال المالك نظراً له، ولا نظر في إيجاب أربعين كلها في رد ما يساوي أربعين. ثم اعلم أن قول أبي يوسف كان أولاً مثل قول محمد ، وهذا لم يذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه أو شمس الأئمة البيهقي في الشامل ، وكذلك في عامة نسخ الفقه ، ولم يذكروا قول أبي حنيفة ، وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد ، فقال لو كان العبد يساوي أربعين أو دونها فإنه ينقص من قيمته درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف «ر ح » أولاً ثم رجع وقال يجب الجعل درهماً وإن كانت قيمته درهماً (وأما أم الولد والمدبر في هذا) أي في وجوب الجعل (بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى) لأنهما مملوكان له ، ولهذا هو أحق بكسبها، وهما بمنزلة القن ، ووجب الجعل لاحياء ما بينهما بالرد ، وتعليل المصنف بقوله (لما فيه من إحياء ملكه) أولى بتعليل غيره لما فيه إحياء المالية ، لأن ام الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة.

وقال الكاكي فإن قيل الجعل يجب لإحياء المالكية ، ولا مالية لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة ، قلنا المالك أحق بكسبها ، ولها مالية باعتبار كسبها ، وقد أحياها بالرد اليه فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب ، فإنه أحق بمكاسبه فلا يكون رده إحياء لمالية المولى باعتبار الرقبة ، ولا باعتبار المكسبة كذا في المبسوط .

(ولو رد بعد مماته) أي لو رد أم الولد والمدبر بعد موت المولى (لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت) أي بموت المولى (بخلاف القن) حيث يجب الجعل برده بعد موت مولاه، وقوله يعتقان بموته ظاهر في حق أم الولد ، وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه ، أما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لأن السعي كالمكاتب عنده ، وهو مديون عندهما ، ولا جعل لرد المكاتب أو الحر (ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه) أو ابن المولى (وهو) أي والحال أن الراد (في عيال الأب)

أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل ، لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب. قال وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه لانه أمانة في يده ، لكن هذا إذا أشهد وقـــد ذكرناه في اللقطة قال وذكر في بعض النسخ أنـه لا شيء له وهو صحيح أيضاً لانه في معنى البائع من المالك ،

قيد به إذا لم يكن في عياله يجب الجعل ، وحمله ذلك أن الراد إذا كان في عيالـــه مالك العبد أي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان الراد **أبا المالك أو ابناً له .**

وأما إذا لم يكن في عياله لا جعل له سواء كان الرد فعل التفضيل إن كان الراد ابن المالك فليس له جعل وإن كان أباه فله الجعل إليه المشار في الذخيرة. وفي شرح الطحاوي ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فإنه ينظر إن وجد الرجل عبد أبيه ، فلا جعل له سواء كان في عياله أو لم يكن ، وكذا المرأة والزوج ، وإن وجد الأب عند ابيه إن لم يكن في عياله فله الجعل ، وإن كان في عياله فلا جعل له ، وكذلك الأخ وسائر ذوي الأرحام إذا وجد عبد أخيه ان كان في عياله ، فلاجعل له ، وان لم يكن في عياله فله الجعل . (أو احد الزوجين على الآخر) أي ورد الآبق احـــد الزوجين على الآخر **(فلا جعل) لهؤلاء (لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب) أي** القدوري ، وأراد بإطلاق ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام ، فصاعداً فله عليه جعل اربعون درهماً .

(قال) اي القدورى « رح » (وان أبق) أى العبد (من الذي رده فلا شيء عليه) اى لا ضمان عليه (لانه امانة في يده ، لكن هذا) اى عدم وجوب الضمان (إذا أشهد) عند الأخذ (وقد ذكرناه في اللقطة) اى وقد ذكرناه في كتاب اللقطة ان الأخذ على هذا الوجه ما دون فيه شرعاً (قال) أى المصنف :

(وذكر في بعض النسخ) المختصر القدورى (انه لا شيء له) اى لاجل الراد إذا ابق الآبق منه (وهو صحيح ايضاً لانه) أي لان الراد (في معنى البائع من المالك) لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما سيعيدها المولى والرد بما يجب عليه ، والبائع إذا هلك

ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وكذلك إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا . قال ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالاعتاق كما في العبد المشترى ، وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له ، والرد وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه ،

في يده المبيع سقط الثمن ، فكذلك هنا سقط الجعل ثم استوضح المصنف ذلك بقوله (ولهذا كان له) اى للراد (ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل) اى حتى يأخذ الجعل ، وهذا (بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن) اى يأخذ جميع الثمن .

(وكذلك إذا مات) أي الآبق (في يده) أي في يد الراد (لا شيء عليه) أي لا ضمان عليه (لما قلنا) أنه أمانة عنده (قال ولو أعتقه المولى كما لقيه) أي أعتقه قبل أن يقبضه وقت لقائه (صار قابضاً بالإعتاق)فيجب عليه الجعل،وأشار بقوله بالإعتاق إلى انه لو دبره فكان الاعتاق لم يصر قابضاً ، والفرق بينهما ان الاعتاق إتلاف لما فيه فيصير به قابضاً بالإعتاق ، وأما التدبير فليس بإتلاف المال ، فلا يصير به المولى قابضاً إلا أن يصل إلى يده (كما في العبد المشتري ، وكذا إذا باعه) أي وكذا يصير قابضاً إذا باع العبد الآبق (من الراد لسلامة البدل له) وهو بالثمن لسلامة العين فيجب عليه الجعل .

(والرد وإن كان له حكم البيع) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأنه في معنى البائع من المالك ، وهو أن يقال لما كان الراد في معنى البائع كان المالك في معنى المشتري ، فعلى هذا ينبغي أن يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض ، فأجاب بقوله والراد وإن كان له حكم البيع لكن ليس من كل وجه ، وهو معنى قوله (لكنه بيع من وجه) عن إعادة ملك التصرف إليه ، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل على المولى ، فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الدار قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض فأجاب بقوله والرد وإن كان له حكم البيع لكن ليس

فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز. قال وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده، فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما، لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه، وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو بهبة أو ورثه فرده على مولاه

من كل وجه، وهو معنى قوله لكنه من وجه من حيث إعادة ملك التصرف إليه، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل عن المولى.

فلما كان كذلك (فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز) أي البيع لأن النهي ورد مطلقاً، والمطلق يتناول الكامل وامتناع جواز البيع قبل القبض، وليس من خصائص البيع، أي ليس من لوازمه لا محالة، فإن بيع العقار قبل القبض جائز على قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح».

(قال) أي القدوري «رح» (وينبغي إذا أخذه) أي إذا أخذ الآبق (أن يشهد أنه يأخذه ليرده) هـــذا كلام القدوري في مختصره، وقال المصنف (فالاشهاد حتم) أي واجب (فيه) أي في الآبق (عليـــه) أي على الأخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لورده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما).

وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة ليس الإشهاد بشرط، وقد مر في اللقطة (لأن ترك الإشهاد أمارة) بفتح الهمزة أي علامة (أنه أخذه لنفسه فصار كما إذا اشتراه من الآخذ) إذا رده على مولاه لا جعل له لأنه أخذه لنفسه إلا إذا لم يشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه على صاحبه لأنه لا يقدر عليه إلا بشراء، فله الجعل لأن هذا الشراء لا يعد ملكاً، فكان الأخذ بدون الشراء، وإن لم يشهد لا يستحق الجعل، وإن شهد استحق، فكذا هـــذا (أو بهبة) أي قبل هبته إن وهبته الآخذ صورته وهبه أو الآخذ لرجل فرد الموهوب له على مولاه (أو ورثه فرده على مولاه) أي أو ورث الآبق من الآخذ فرده الوارث عن مولاه، ففي هذه الصور كلها:

لا جعل له لأنه رده لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل ، وهو متبرع في أداء الثمن ، فإن كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه أحيى ماليته بالرد ، وهي حقه إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابله إحياء المالية ، فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء ، لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه ؛

(لا جعل له لأنه رده لنفسه) لأنه لم يأخذه ليرده بل أخذه لنفسه ، مسألة الوصية ذكرها الحاكم ، وفي المبسوط عبد آبق فأخذه رجل فاشتراه منه رجل آخر فرده على مولاه فلا جعل له ، وكذا لو وهب له أو أوصى أو ورثه لأنه ضمنه بالأخذ على هذا الوجه فيكون رده لإسقاط الضمان .

(إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده) على مولاه ، لأنه لا يقدر على رده إلا بشراء (فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن) يعني لا يرجع على سيده قل أو كثر كما لو انفق عليه بغير أمر القاضي (فإن كان الآبق رهناً) فرده ، أخذه (فالجعل على المرتهن لأنه أحيى ماليته بالرد ، وهي حقه) أي مالية العبد حق المرتهن (إذ الاستيفاء منها) أي لأن الاستيفاء حقه من مالية العبد (والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه) أي فيكون الجعل على المرتهن .

وقال الأكمل والجعل بمقابلة إحياء المالية فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد ، وليس ثم حياء المالية عند أبي حنيفة واجب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ، ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيى الراد ذلك برده .

(والرد في حياة الراهن وبعده سواء لأن الرهن لا يبطل بموت الراهن) فكان الرد بعد موته وقبله سواء (وهذا) أي كون الجعل على الرأس (إذا كانت قيمته) أي قيمة الآبق (مثل الدين ، أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه) أي فبقدر حصة الدين

والباقي على الراهن، لانه حقه بالقدر المضمون، فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء. وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين أن يبيع هذا بالجعل، والباقي للغرماء، ولأنه مؤنة الملك والملك منه كالموقوف فيجب على من يستقر له، وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم،

على المرتهن (والباقي على الراهن لأن حقه) أي حق الرهن (بالقدر المضمون) لا غير فيجب عليه الجعل بقدره (وصار كثمن الدواء) حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه والباقي على الراهن .

(وتخليصه) أى تخليص العبد المرهون (عن الجناية بالفداء) فإن البقاء يجب على المرتهن بقدر دينه وحصته مع على الراهن ، فكذلك الجعل (وإن كان) أى العبد الآبق مأذوناً (مديوناً فعلى المولى) أى فالجعل على المولى (إن اختار قضاء الدين) لأجل انتفاء العبد على ملكه .

(وإن بيع) أى العبد بالدين (أى هذا بالجعل) يعني يستوفي من الجعل أولاً (والباقي)من الثمن (للغرماء لأنه) أى لأن الجعل (مؤنة الملك والملك فيه) أى ملك المولى في العبد لحقوق الدين (كالموقوف) بين أن يسد على المولى متى اختار قضاء الدين ، وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع (فيجب على من يستقر له) أى فيجب الجعل على من يستقر له الملك ، فإن اختار المولى قضاء الدين استقر الملك له فيجب الجعل عليه، وإن بيع العبد المستقر الملك فيه للغرماء فيجب الجعل عليهم .

(وإن كان) أى الآبق (جانياً) بأن أخطأ (فعلى المولى) أى فالجعل على المولى (إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه) اى منفعة للرد إلى المولى (وعلى الأولياء) أي والجعل على الأولياء (إن اختار) أي المولى (الدفع) أي دفع العبد (لعودها اليهم) أى إلى الأولياء لأن منفعة الرد سلمت لهم

وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له ، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ، وإن كان للصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه ، وإن رده وصيه فلا جعل لـــه لأنه هو الذي يتولى الرد فيـه .

(وإن كان موهوباً) أي وكان العبد الآبق موهوباً (فعلى الموهوب له) اى فالجعل على الموهوب له .

(وإن رجع الواهب في هبته) كلمة إن للوصل لمـا قبله (بعـد الرد) اى بعد رد الآبق ، وإنما ذكر ان الواصلة لدفع شبهة ترد على قوله فيجب من يستقر له الملك وعلى قوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة إليه ، فعلى هذا ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لهذين المعنيين .

فأجاب بقوله (لأن المنفعة للواهب مـا حصلت بالرد) اى برد الآبق (بل بترك الموهوب له التصرف) من الهبـة والبيـع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب من الرجوع في هبته وزوال الملك بالرجوع كزواله بموت العبد فلم يبطل الجعل عليه برجوع الواهب كما في الموت .

فإن قيل المنفعة حصلت للواهب بالرد وترك التصرف في الموهوب له فيه قلنا نعم ، لكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجوداً ، فيضاف الحكم اليه كما في القرابـة مع الملك يضاف التصرف الى آخرهما وجوداً كذا هذا (فيه) اى في الآبق (بعد الرد) أى بعد رد الآبق من اباقه (وان كان) اى العبد الآبق (للصبي فالجعل يجب في ماله لأنه) اى لان الجعل (مؤنة ملكه) اي ملك الصبي .

(وان رده) أى الآبق (وصيه) اى وصي الصبي (فلا جعل له لانههو الذى يتولى الرد فيه) اى في الآبق اذ هو الطالب لآبق اليتيم عادة ، وشرعاً يتحقق الرد فيه على نفسه ، وكذا لو كان اليتيم في حجر رجل بقوله فيرده الرجل لا جعل له لأنه هو الطالب عادة ،

وكذا لا جعل للسلطان او الشحنة او الظفير لا جعل لهم في رد الآبق ، والمال من ايدى قطـــاع الطريق لوجوب الفعل عليهم كذا في المبسوط والذخيرة . وفي المحيط لو أخذ رجلا آبقاً فغصبه من الآخذ رجل وجاء الى مولاه واخذ جعله ثم جاء للآخر واقام بينة أنه أخذ من مسيرة سفر بأخذها لجعل من سيده ثانياً ويرجع السيد على الغاصب بمـــا وقع اليه ، ولو جاء رجل بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل مصر سيده هرب من الآخذفوجده آخر وجاء به إلى سيده فلا جعل لواحد منهما ، ولو خرج من المهر بعد الهرب وجاء بـــه الآخر مدة سفر فالجعل للثاني ،وذكر الحاكم في الكافي إذا أبقت الأمة ولها صبي موضعاً فردهما رجل كان له الجعل واحد ، فإن كان ابنها غلاماً قد قارب الحلم فله جعل ثمانون درهماً ، وعلل في الشامل وقال لأن من لم يراهق لم يقر آبق .



كتاب المفقود

إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه وليستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة ، وصار كالصبي والمجنون ،

(كتاب المفقود)

أي هذا كتاب في بيان أحكام المفقود ، ووجه مناسبة هذا الباب بالباب الذي قبله قد ذكرناه ، يقال فقدت الشيء أي غاب عني فقداً وفقوداً وفقداناً فهو مفقود أي غائب ، وهو من الأضداد ، أو يقال فقدت الشيء أي ضللته ، وفقدته أي بعد طلبه وكلا المعنيين موجود في المفقود وقد ضل عن أهله وهو في طلبه ، إذ هو اسم لحر غائب لم يرد موضعه ولا حياته ولا مماته وأهله في طلبه .

وفي المبسوط هو حي غائب عن بلده أو أستر وأهله في طلبه ، وقد انقطع خبره واستتر عليهم أثره ففي مستقره فبالجد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد .

وفي ذكر المصنف في الكتاب ما ينفر مرامه الشرعي وهو قوله (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على حفظ ماله (ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة) أي الصفة المذكورة وهي قوله إذا غاب الرجل إلى آخره (وصار) أي المفقود (كالصبي والمجنون) حيث يحتاجان إلى من ينظر في أمرهما

وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له ، وقوله ليستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر بـه غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ، ويخاصم في دين وجب بعقده لا نـــه أصيل في حقوقه ، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ، ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لا نه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهـة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، ان الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين ،

أي (وفي نصب) القاضي (الحافظ) المقصود (والقائم عليه) أي على مال المفقود(نظر له) أي للمفقود وارتفاع نظر إلى أنه مبتدأ وله خبره .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (ليستوفي حقه) وهذا من لفظه في مختصره أي مستوفى الذي نصب له لحفظ ماله ، والقيام عليه حق المفقود ، ولما كان هذا محتاجاً إلى إيضاحه أوضحه المصنف بقوله (لاخفاء أنه يقبض جميع غلاته) لأنها من جملة حقه (والدين) أي ويقبض الدين (الذي أقر به غريم من غرمائه) أي من غرمـــاء المفقود (لأنه) أي لأن قبض كل واحد من غرمائه والدين المذكور (من باب الحفظ ويخاصم) أي الذي نصب له (في دين وجب بعقده) أي يعقد الذي له (لأنه) أي لأن الذي نصب له (أصيل في حقوقه) أى في حقوق العقد الذي مولاه المفقود ، وفائدته أن لا يقبل البينة عليه لأنه ليس من باب النظر للمفقود ، وأنه قضاء على الغائب ولا في نصب له .

(ولا يخاصم في الذى تولاه المفقود ولا في نصيب له) في نصيب للمفقود كائناً (في عقار أو عروض في يد رجل لأنه) أي لأن الذى نصب (ليس بمالك ولا نائب عنه) أى عن المفقود (إنما هو وكيل بالقبض من جهـة القاضي ، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهـة المالك في الدين) يعني الوكيل يقبض الدين من جهـة المالك ويملك الخصومة عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به ، لانه مجتهد فيه ، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته فينظر لـــه بحفظ المعنى ولا يبيـع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقته ولا في غيرها لأنه

(وإذا كان كذلك) أي وإذا كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة (فيضمن الحكم به) أي حكم القاضي بثبوت ذلك (قضاء على الغائب وانه) أي وأن قضاء القبض على الغائب (لا يجوز إلا إذا رآه القاضي) إلا إذا رأى القاضي ذلـك مصلحة (وقضى به) أي بما رآه جاز ذلك (لأنه مجتهد فيــه) أي في الحكم على الغائب ، وعند الشافعي يجوز لأن القضاء إذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه بعد ، وفي الخلاصة ذكر الإمام السرخسي هذا بناء على أن القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلا على الغائب ، فعندنا لا وهي معروفة ، أما لو فعل وقضى على الغائب فقد جاز بالإجماع .

وهكذا ذكر في الزيادات ، فـــإن قيل المجتهد نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر ، قلنا لا بل المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا ، فإذا رآها القاضي وقضى بها بقذف كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف ثم قال في الخلاصة والفتوى على هذا ، ونقل الاستروشي في فصوله عن فتاوى ظهير الدين أن نفس القضاء مختلف فيـــه فيتوقف على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في القذف (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) مثل الثمار ونحوها (يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه) أي على القاضي (حفظ صورته) ومعناه وهو ما ينساه أراد أن حفظ صورته وحفظ ماله كليهما متعذر (فينظر له) أي للمفقود (بحفظ المعنى) وهو الماليـة وهي تبقى بحفظ الثمن والحفظ من وجه أولى من ترك الحفظ من كل وجه .

(ولا يبيـع) أي القاضي (ما لا يخـــاف عليه الفساد في نفقته) أي لأجل نفقته ، وهو يتعلق بقوله ولا يبيـع (ولا في غيرها) أي ولا في غير النفقة مالا يخاف عليه الفساد ، وسواء كان منقولاً أو عقاراً وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه (لأنه) أي لان القاضي

لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله ، فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن . قال وينفق على زوجته وأولاده من ماله ، وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد ؛ والاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته ، لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع ،

(لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له) أي فلا يجوز له (ترك حفظ الصورة، وهو ممكن) الواو فيه للحال قيد بالإمكان لأن عند عدمه له ان يبيعه (قال) أي القدوري « رح » (وينفق على زوجته) أي زوجه المفقود . (وأولاده من ماله) أي من مال المفقود أي هذا لفظ القدوري « رح » (وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم) أي الحكم (جميع قرابة الولاد) كالآباء والأجداد وإن علوا والأولاد وإن سفلوا والجدات وإن علون .

(والأصل) أى في هذا الباب الذي يبنى عليه أحكام هذا الباب (أن كل من يستحق النفقة في ماله) اى مال المفقود (حال حضرته بغير قضاء القاضي) كالأبوين والأولاد الصغار ذكوراً كانوا او إناثاً ، والاولاد الكبار من النساء ، والزمن الذكور الكبار (ينفق) اى القاضي (عليه) اى على من يستحق النفقة (من ماله عند غيبته ، لان القضاء حينئذ) اى حين إنفاق القاضي عليهم (يكون إعانة) أى تمكيناً للمستحق من الاخذ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك لهم الاخذ فيعينهم القاضي على ذلك إلزاماً إذ اللزوم ثابت قبل القضاء ، ولان للقاضي إن يعين صاحب الحق على إيفاء حقه حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فإنه يعطيه الدين من مال الغائب .

(وكل من لا يستحقها) اى النفقة (في حضرته) أى في حضرة المفقود (إلا بالقضاء) كما الاخ والاخت والخال والخالة (لا ينفق عليه من ماله) اى لا ينفق القاضي عليه من مال المفقود (في غيبته حينئذ تجب بالقضاء ، والقضاء على الغائب ممتنع) خلافاً للشافعي.

فمن الاول الأولاد الصغار والإناث من الكبـــار والزمنى من الذكور الكبار ، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة ، وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي

(فمن الاول) أي فمن يستحق النفقة بغير قضاء القاضي (الاولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى الذكور الكبار ومن الثاني) أي وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي (الاخ والاخت والخال والخالة) والعم والعمة ، وإنما كان هذا من الثاني لانهـــا نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيهـــا ، فلا يجب إلا بالقضاء والرضاء ولهـــذا لم يكن لهم الاخـــذ بدون القضاء ، والعرف بين قرابة الاولاد وغيرهم من سائر المحارم وحيث استحق الاولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الآخرون إلا بالقضاء إن حق ولاية الاولاد في النفقة الدين من حق غيرهم ، لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح وبالولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد .

فلما ظهرهم فصل مرية ثبت استحقاق النفقة بلا قضاء بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وسائر المحارم . وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي الاخ والاخت والخـــال والخالة والعم والعمة ، واما الزوجة فحقها في النفقة آكد أيضاً من قرابة الولاد ، ولهذا يستحق النفقـــة وان كانت غيبته ، وإن كان الورثـة كباراً ليس لهم زمانة ولا فيهم امرأة ، وكانوا إخوة من الرضاع أو بني عم لم ينفق عليهم القاضي من مال المفقود لانهم لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود .

وكذا حال غيبته ، وقال خواهر زاده في مبسوطه وان استوثق منهم بكفيل فحسن لجواز أنهم أخذوا نفقة هذه المدة من المفقود ، ومرة فيأخذ منهم كفيلا حتى إذا حضر المفقود وأثبت أنه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة وان لم يقدر عليهم اخذ من الكفيل وان شاء ضمنهم .

(وقوله) اي وقول القدوري « رح » (من ماله) يعني في قوله وينفق على زوجته وأولاده من ماله (مراده) اي القدوري « رح » (الدراهم والدنانير ، لان حقهم) أي حق قرابة الولاد والزوجـــة (في المطعوم والملبوس) لا في غيرهـــا (فإذا لم يكن ذلك) أي المطعوم والملبوس (في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي)

النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب
وهذا إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق
عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة
والنكاح والنسب ، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، فإن
كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار ، وإن كان أحدهما ظاهراً
يشترط الإقرار بما ليس بظاهر ،

اى القيمة (النقدان) وهما الدراهم والدنانير وكانت من جنس حقهم (والتبر) وهو ما كان غير مضروب من الفضة والذهب كما قاله في المغرب (بمنزلتهما) أى بمنزلة النقدين (في هذا الحكم) أى في القضاء بالقيمة (لانه يصلح قيمة كالمضروب) اى كالدراهم والدنانير فلهم اخذ جنس حقهم ، وللقاضي إعانته في ذلك . (وهذا) اى هذا الذى ذكرناه من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير (إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة) عند رجل (أو ديناً ينفق) أي القاضي (عليهم منها) اى من الوديعة والدين (اذا كان المودع) بفتح الدال (والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح) بين المفقود دون وجه (والنسب) بينه وبين من يستحق عليه النفقة (وهذا) اى الاحتياج الى الاقرار انما هو (اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي) اى الدين والوديعة والنكاح وبعد النسب جعل الدين والوديعة شيئاً واحداً والنكاح والنسب كذلك ، فكذلك ذكرهما بلفظ التنبيه بدليل قوله بعد (وان كانا ظاهرين) اى الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرين عند القاضي (فلا حاجة الى الإقرار) أى اقرار المودع أو المديون .

(واذا كان أحدهما ظاهراً) اى الشيئين اللذين احدهما الوديعة والدين وقد ذكرناه أنه جعلها واحدا والآخر من الشيئين هو قوله او النكاح والكسب ، أى او كان الظاهر عند القاضي النكاح والكسب (يشترط الإقرار بما ليس بظاهر) مثلها ان لم تكن الزوجية ظاهرة عند القاضي يشترط اقرار المودع والمديون ،فإنه يقول هذه زوجة فلان المفقود أو يقول هذا ابن فلان المفقود .

وكذا اذا لم يكن الدين او الوديعة ظاهراً عند القاضي يقول من في يده المال هذه

هذا هو الصحيح . فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى إلى صاحب ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي ، لان القاضي نائب عنه . وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك ،

لأن ما يدعيه للغائب

وديعة فلان المفقود او دين فلان المفقود ، وقال خواهر زاده في مبسوطه ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه إذا كان للمفقود ديناًووديعة ينفق أولاً من الوديعة او من الدين ثم قال وذكر في السير الكبير ينفق من الوديعة أولاً لأن النظر للغائب في هذا لأنه يعني أنفق أولاً من الدين ربما يهلك الوديعة في يد المودع في مدة الإنفاق .

فإذا حضر الغائب لا يلقى إلا الدين ولا الوديعة،والدين لا ينوى (هذا هو الصحيح) أي الإنفاق من الوديعة والدين على الزوجة وقرابة الولاد ، وهو الصحيح وهو وجه الاستحسان ، واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر لأنه قضاء على الغائب فلا يجوز.وجه الاستحسان أن الوديعة والدين مال المفقود وهو جنس حقهم،فكان للقاضي أن ينفق عليهم من ذلك كما ينفق من المال الذي في يده أو في بيته .

(فإن دفع المودع) بفتح الدال (بنفسه أو منعليه الدين) أي او أعطى منعليه الدين (بغير أمر القاضي فيضمن المودع ولا يبرأ المديون من دينه لأن ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه) أي عن المفقود .

(فإن كان المودع والمديونجاحدين أصلا) يعني منكرين بالكمية ولا يعتبران لا بالوديعة ولا بالدين ولا بالنكاح والنسب (او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك) لأن الخصومة اما دفع من المالك او نائب المالك ، ولم يوجد لا هذا ولا ذاك (لأن ما يدعيه) أي الأخذ من المتحققين (للغائب)

لم يتعين سبباً لثبوت حقه ، وهو النفقة لأنها كما تجب في هـذا المال تجب في مال آخر للمفقود . قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة

أي لأجله (لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة ، لأنها) اي لأن النفقة (كما تجب في هـذا المال تجب في مـال آخر للمفقود) **فلم يكن خصماً عن المفقود حكماً** ، وقال شيخي العلاء حاصله أن ما يدعيه الزوجة والأولاد ان هذا المال هو الدين اوالوديعة مال للغائب لم يتعين لنفقتهم لأنه كما تجري النفقة في الدين والوديعة يجري في مـال آخر أيضاً للمفقود فلم ينتصب خصماً .

وقوله لم يتعين سبباً لثبوت حقه أي لم يتعين محلا لثبوت حق أخـذ مستحق النفقة ، وإنما ذكر السبب مقام ذكر المحل لتناسبه بينهما ، لما ان السبب يعمل في المحل .

(قال) اي القدوري « رح » (ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت ، لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح .

حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن حمزة أن رجلا استهواه الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأتت امرأته عمر رضي الله عنه فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها ان تعتد ، فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق ، ورواه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه وفي آخره فخير عمر رضي الله عنه بينهما وبين الصداق الذي أصدقها ، ورواه من طريق آخر وفي آخره فقال له عمر رضي الله عنـه إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها بل زوجين غيرها .

ثم جعل عمر رضي الله عنه يسأله عن الجن وهو يخبره قوله استهواه الجن ، قال الكاكي أي حيرته الجن وتهمته قلت يقال استهواه أي جره إلى المهاوي وهي المساقط والمهالك .

وكفى به إماماً ، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين ، ولنا قوله ﷺ في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان

(وكفى به) أي بعمر رضي الله عنه (إماماً) أى من حيث الإمامية (ولأنه)أى ولأن المفقود (منع حقها) اى حق امرأته (بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة) يعني يفرق بينه وبين امرأته كما يفرق بين العنين والمولى دفعاً للفرد عنها كيلا يبقى معلقه لا ذات بعل ولا مطلقة .

(وبعد هذا لاعتبار) اى بالإيلاء والعنة (أخذ) اى مالك (المقدار) اي المقدار الذى يفرق (منهما) اى بين الإيلاء والعنة (الاربع) اى احد الأربع (من الإيلاء) لأن مقداره أربع أشهر (والسنين) أى وأحد السنين (من العنة) لأن المقدار فيها سنة (عملا بالشبهين) أى شبه الإيلاء وشبه العنة حاصله ان امرأة المفقود وشبهه امرأة المولى من حيث ان حقها في الجماع فات بالسفر كفوات حق امرأة المولى ، فالجماع بصفته وهو الإيلاء ، وتشبه امرأة العنين من حيث أن حقها في الجماع فات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور ، لان العنة مباح كما ان حق امرأة العنين فات في الجماع نفقة الزوج وهو فيها معذور فضربناها مدة الخلاص متصل إلى حقها في الجماع أربع سنين اعتباراً بالشبهين .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن سواد بن مصعب حدثنا محمد بن سرجان الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله ﷺ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان ، ويروى حتى يأتيها الخبر ، وهذا حديث ضعيف .قال ابن أبي حاتم في كتابه سألت أبي عن حديث رواه قال أبي هذا حديث مناكير ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث يروي عن المغيرة مناكر وأباطيل ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني ، وعلله بمحمد بن شرحبيل وقال إنه متروك .

وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكاح عرف ثبوته ، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال

وقال ابن القطان في كتابه سواء مصعب شرح المتروكين ودونه صالح بن مالك ، ولا يعرف ، ودونه محمد بن الفضل ولا يعرف حاله ، وقال الاترازي ولنا ما روى علماؤنا في المبسوط عن المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ انه قال في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان.. انتهى .

قلت كأنه يقف على رواية الدارقطني فلهذا نسب وايته إلى أصحابنا من غير إسناد، قلت الاول مسلم والثاني ممنوع على ما لا يخفى .

(وقول علي رضي الله عنه) مرفوع بالإبتداء أو خبره قوله خرج بياناً ، والجملة عطف على قوله ولنا قوله عليه السلام (فيها) أي في امرأة المفقود (هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت او طلاق) هذا رواه عبد الرزاق في مصنفة في كتاب الطلاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمي عن الحكم بن عيينة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق ، وأخبرها معمر بن أبي ليلى عن الحكم ان علياً قال فذكره سواء اخبرنا سفيان الثوري عن منصور بن المعتمر عن الحكم بن عيينة عن علي رضي الله عنه قال فتربص حتى تعلم أحي هو أم ميت . (خرج بياناً) خبر المبتدأ أعني قول علي رضي الله عنه كما ذكرنا ، اي خرج مظهراً (للبيان المذكور في المرفوع) أي لمعنى البيان المذكور في الحديث المرفوع ، وهو قوله عليه السلام في المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان ، لان قوله البيان مجمل في أن إتيان البيان من أي طريق يكون فبين علي رضي الله عنه ذلك المجمل بقوله حتى يتبين موت أو طلاق ، وفي هذا المكان تأمل لا يخفى .

(ولان النكاح عرف ثبوته) عمن يعرف المفقود وامرأته (والغيبة) أي غيبة المفقود (لا توجب الفرقة) كما في غيبة غير المفقود (والموت في حيز الاحتمال) أى في

فلا يزال النكاح بالشك ، وعمر رضي الله عنـــه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، ولا معتبر بالايلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة .

جهة الاحتمال ، يقال هذا الكلام في حيز التواتر أي في جهته ومكانه وهو مجاز .

(فلا يزال النكاح) أي الذي بين المفقود وامرأته (بالشك) لأن الشك لا يزيل الثابت (وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه) هذا جواب عن استدلال مالك بقولـه **لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن ، ولم يبين وجه الرجوع .**

وقال الكاكي وذكر عبد الرحمن ابن أبي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع عن ثلاث قضيات إلى قول علي رضي الله عنه على أحدها مالة المفقود وغيرها مذكور في المبسوط ، وقال الاترازي فلما يثبت أن عمر رضي الله عنــه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، كان ذلك إجماعاً على قول علي رضي الله عنه وفيه تأمل لا يخفى .

(ولا معتبر بالإيلاء) هذا جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الإيلاء بيانه مـا ذكره من قوله (لانه) أي لان الإيلاء (كان طلاقاً معجلا) في الإبتداء (فـاعتبر في الشرع مؤجلا) أى طلاقاً مؤجلا (فكان) اي الطلاق (موجباً للفرقة) أي مزيلا لملك النكاح ، وليس كذلك امرأة المفقود لانه لم يوجد من الزوج طلاق أصلا لا طلاق معجل ولا مؤجل .

(ولا بالعنة) أي ولا معتبراً أيضاً بالعنة (لان الغيبة) وفي بعض النسخ لان الغربة (تعقب الاوبة) أى الرجوع إذ الظاهر حال الغائب أنه يؤدب (والعنة قلمـا تنحل بعد استمرارها سنة) اي بعد استحكامها سنة ، إيضاح ذلك انه ثبت في باب العنـــة حق الفرقة لفوات حق المرأة في الجماع على التأبيد ، لان امر العنة متردد بين أن يكون خلقة وبين ان يكون عارضاً ، فجعل الشارع العالم الفاضل بينهما مضى سنته لاشتمالهـــا على الفصول الاربعة المشتملة على الطبائع ، فإذا مضت منه ولم تزل العنة اعلم انها كانت خلقـة

قال وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته . قال وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران،وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة ،وقدره بعضهم بتسعين،

وما كان خلقةولا يزول أبداً ، وهو الظاهر لا يزول غالباً بخلاف امرأة المفقود فإن حقها في الجماع لم يفت على التأبيد لانـــه يرجى مجيئه بعد أربع سنين كما قيل ذلك بعد القياس ، هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه .

(قال) أي القدوري «رح» (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولـــد حكمنا بموته) اى إذا تم للمفقود من عمره مائة وعشرون ولدت أمه حكمنا بموته قبل هذا يرجع إلى اهل قول الطبائع والنجوم فإنهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة وقولهم باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا لنوح وغيره عليهم السلام .

(قال) أى المصنف (وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران) كذا اعتبر محمد في الاصل ، ولم يذكر محمد انه يعتبر موت أقرانه من أهل بلده ، وقال خواهر زاده في مبسوطه قال بعضهم يعتبر أقرانه في السن في جميع البلدان لانـــه ذكر الاقران مطلق فيتناول أقرانه في السن في جميـــع البلدان لا بلده خاصة .

وقال بعضهم يعتبر أقرانه في السن من أهل بلده لان الأعمار تتفاوت وتختلف باختلاف الاقاليم والبلدان ، حتى قالوا الصقالبة أطول اعماراً من أهل الروم ، فإذا كان كذلك يعتبر اقرانه في السن من أهل بلده لا من جميع البلدان ، ثم قال خواهر زاده وهذا القول اصح وأرفق بالناس .

(وفي المروى عن ابي يوسف بمائة سنة) كـــذا في الشامل وشرح الطحاوى ، وفي رواية عنه بثمانية وخمسين سنة (وقدره بعضهم بتسعين) لانه متوسط ليس بغـالب ولا نادر ، وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى ، كذا قـــال في الخلاصة وقال المتأخرون من مشايخنا ستين سنة رفقاً بالناس ها هنا للحرج عنهم ، وفي فتاوى الولوالجي قال بعضهم هو

والأقيس أن لا يقـــدر بشيء ، والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عـدة الوفاة من ذلك الوقت ، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأن مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كمـا إذا كانت حياته معلومة لا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده، لأن إبقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق .

مفوض إلى رأى القاضي ، يعني أى وقت رأى المصلحة حكم بموته .

(والاقيس ان لا يقدر بشيء) الاقيس افعل التفضيل للمفضول كالأشهر في تفضيل المشهور ، ولا تفضيل للمفعول إلا شاذاً كما في قولهم اشتعل من ذات الحتين كفى من المقادير المذكور كالمائة والتسعين ونحو ذلك ، بل يعتبر بموت الاقران لان حياة الإنسان بعد موت جميع اقرانه نادر ولا عبرة بالنادر .

(والارفق ان يقدر بتسعين) لان الحياة بعده نادر . وفي الكافي وعليه الفتوى (وإن حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت) اى من وقت الحكم بالموت (وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلـــك الوقت) أي وقت الحكم بالموت (كأنه) أي كأن المفقود (مـــات في ذلك الوقت معاينة) أي عيانـــاً (إذ الحكمي) أي الموت الحكمي (معتبر بالحقيقي) فلو ثبت موته حقيقة تعتد امرأته ، وقسم ماله بين ورثته ، فكذلك في الموت الحكمي (ومن مات قبل ذلك) اى من مـــات من ورثة المفقود (لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها) أى في مدة الفقد (فصار كما إذا كانت حياته معلومة ولا يورث المفقود أحداً مات في حال فقده ، لان بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو) أى استصحاب الحال (لا يصلح حجة في الاستحقاق) واستصحاب الحال عبارة عن البقاء ما كان على ما كان لعـــدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب عندنا حجة للدفع لا للاستحقاق . فلهذا اعتبر المقصود حياً في مال غيره حتى لا يرث من المفقود في حال فقده، ولا يرث المفقود عن أحد بل يوقف نصيبه من حال مورثه ، فإذا مضت المدة او علم موته يرد الموقوف لاجله إلى وارث مورثه الذى ورث من ماله .

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ، ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي .

(وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) أي لا يقضي للمفقود بالوصية إذا مات الموصي في حال فقده ، بل تكون الوصية موقوفة كالميراث إلى ان يظهر حاله ، وفي الذخيرة لا يقضي بصحتها ، ولا يبطل حتى يظهر حال المفقود ، لان الوصية اخت الميراث ، وفي الميراث يحبس حصة المفقود إلى ان يظهر حاله من الميراث ، فكذا في الوصية .

(ثم الاصل) أي في مال المفقود (انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به) أي لا يكون محروماً ، وما ليست المفقود (ولكنه) أي ولكن الوارث (ينتقص حقه به) اي بالمفقود (يعطى) على صيغة المجهول أي يعطى الوارث (اقل النصيبين ويوقف الباقي) صورته تركت امرأة زوجاً وأماً وأختاً لا يؤمن وأخاً كذلك مفقوداً فللأم السدس على تقدير حياته وعلى تقدير موته الربع ، وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير موته ربع الثمن ، وكذلك الأخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع ، فيعطي كل واحد منهم الأقل ويوقف الباقي من نصيبه ، وهذه المسألة تصح من ثمانية عشر على تقدير الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية بينهما موافقة بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في جميع الآخر تصير اثنين وسبعين ، فمنه تصح للزوج سبعة وعشرون وتسعة موقوفة من نصيبه .

وللأم اثني عشر وستة مرقوفة من نصيبها ، وللأخت ثمانية وعشرة موقوفة من نصيبها ، فإذا ظهرت حياته كان مستحقاً على ذلك التقدير ، فيكون للزوج ستة وثلاثون ويبقى الذي أصاب الأم والأخت بحال ، لأن الحاصل لهما على تقدير حياته هو الأقل ، والباقي للاخ وهو ستة عشر سهماً، وإن حكم بموته بقي الزوج بحاله ، وكمل للام والاخت ما كان موقوفاً من نصيبهما .

وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً ، بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يـــد الأجنبي ، وتصادقوا على فقد الابن

(وإن كان معه) أي مع المفقود (وارث يحجب به لايعطى أصلا ، بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا) أي الورثـــة المذكورون والأجنبيون (على فقد الابن) قبل التصادق ، لأن الأجنبي الذى في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل ابنه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين ، لأن الإقرار ذى اليد فيما في يده معتبر ، وقد أقر ان ثلثي ما في يده لهمـا فيجبر على تسليم ذلك إليهما ، وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد ، لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد ، حتى يظهر مستحقه هذا إذا أقر من في يده المال ، **اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فأقامت البنتان البينة ان أباهما مات وترك هذا المال** ميراث لهما ولاخيهما المفقود ، فإن كان حياً فهو الوارث معهما وإن كان ميتاً فولده الوارث معهما ، فإنه يدفع إلى البنتين النصف لانها بهذه البينة ثبت أن الملك لأبيهما في هذا المكان ، والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة .

وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما النصيب وهو النصف ويوقف البـاقي على عدل لان الذي في يده حجة فهو غير مؤتمن عليه ، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لانه إذا كان في يد **الابنتين والمسألة بحالها** ، فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ، ولا يوقف منه شيئاً للمفقود ، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج المال من ايديهما لان النصف صار بينهما بتصرف النصف الباقي للمفقود من وجه ، ويريد بقوله ولا يوقف منه شيئاً للمفقود أن لا يجعل شيئاً مما في يد الاثنين ما كان للمفقود على الحقيقة .

وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود تطلب النساء ميراثهما ، وإن فقدا ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف ، وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود كان نصيبهما الثلثين ، فكان النصف منقضياً به ، وقوله تصادقوا فقد ذكرنا معناه وذكرنا وجه قيد التصادق .

وطلبت الابنتان الميراث تعطيـان النصف لا نه متيقن بـه ، ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ، ولو كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك ، ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة ، ونظير هذا الحمل ، فإنه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ، ولو كان معـــه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ، ولا يتغير بالحمل

(وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه) أي لان النصف (متيقن به) لانا لو قدرنا المفقود ميتاً كان نصيبهما الثلثين ، ولو قدرناه حياً كان نصيبهما النصف ،فالنصف متيقن به (ويوقف النصف الآخر) إلى ان يظهر حال المفقود (ولا يعطي ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حياً) لان المفقود لو كان حياً كان ابنه يحجب أولاده ، وبما لم يعلم حياة المفقود ولا مماته حصل الشك .

(فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع) أي النصف الموقوف (من يد الاجنبي) لان المال لا يخرج من يد ذي اليد إلا بالخصم (إلا إذا ظهرت منـــه) اى من الاجنبي (خيانه) بأن يكون حجة ، بأن قال ليس للميت مال في يدي ، لانه لمـا جحد ظهرت خيانته فلا يترك مال الغير في يد الخائن ، ويوضع على يد عدل إلى ان يظهر المستحق .

(ونظير هذا) أي نظير المفقود (الحمل) في حق وقف النصف (فانه) اى فإن الحمل (توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) احترز به عما روي انه يوقف له نصيب أكثر من واحد ، وروى ليث بن سعد عن محمد انه يوقف نصيب ثلاثة ، وفي رواية هشام نصيب ابنتين ، وهي احدى الروايتين عن أبي يوسف ، وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة أنه يوقف نصيب أربعة بنين ويوقف ثلث ماله ، وبه أخذ ابن المبارك وإبراهيم النخعي ومالك وشريك .

(ولو كان معه) أي مع الحمل (وارث آخر) فلا يخلو (إن كان) هـــذا الوارث (لا يسقط بحال) كالابن والجدة مثلا (ولا يتغير بالحمل) ولا شك أن الابن يتغير بالحمل

يعطي كل نصيبه ، وإن كان ممن تسقط بالحمل لا يعطى ، وإن كان ممن يتغير به يعطي الأقل للتيقن به كما في المفقود ، وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا .

فاذا كان كذلك (يعطي كل نصيبه) لعدم فائدة تأخيره عما يستحقه من الإرث ، وأما إن كان سقط وهو معنى قوله (فان كان) أى الوارث (ممن تسقط بالحمل) كابن الابن والأخ والعم (لا يعطي ،وإن كان ممن يتغير به) أي بالحمل ولكن لا يسقط كالام والزوجة (يعطى الاقل للتيقن به) أي بالاقل (كما في المفقود) فإنه إذا مات وترك ابناً مفقوداً او جدة معه او أخاً أو أماً فلجده السدس والباقي موقوف لان الجدة لا تسقط ، ولا يغير نصيبها ولا يعطى الاخ شيئاً لانه يسقط بالابن ، ويعطي الام السدس لكونه نصيباً ، لانه أقل من الثلث ، لان المفقود وإن كان حياً استحقت الام السدس ، وإن كان ميتاً استحقت الثلث فيعطي السدس والباقي يوقف إلى ان يظهر حال المفقود (وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا) اى شرحنا حكم مسألة المفقود في الشرح المسمى بكفاية المنتهى سبحان أتم من هذا النسيان وبالله التوفيق وعليه التكلان .

* * *

كتاب الشركة

(كتاب الشركة)

أى هـــذا كتــاب في بيان أحكام الشركة ، والشرك بمعنى واحـــد ، قال ابن دريد الشرك مصدر شركته رجلان الشركة شركاه في المـــال ، وشريك الرجل وشاركه سواء ، وقال تاج الشريعة شركته في كذا شركاء ، وشركته وهو شريك ، وهم شركاء ، والتركيب دال على الخليط،ومنه الشركة تشابكها واختلاط بعضها ببعض .

ولهذا سمي النصيب الشائع شركاء . قال الله تعالى ﴿ أم لهم شركاء في السموات ﴾ ٢١ الشورى ، أى نصيب شائـع فسمي هذا العقد بها لانـــه سبب لإجماع النصيبين وعشر في المـــال وتركها في شريك الحال اجتماع النصيبين ، وفي شركة العقـــد الإيجاب والقبول .

وقال الكاكي للشركة مناسبة بالمفقود والإباق واللقطة من حيث ان المال أمانـة في يد الشريك ، كما ان الآبق واللقطة ومال المفقود في يد من كان في يده أمانة ، وللشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث أن قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مـال المفقود الحاصل من الإرث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة .

وفي الشركة اختلاط المالين ، فكذلك ذكرها عقيب المفقود وقـــدم المفقود لمناسبة خاصة له بالإباق ، وقال الاترازى « رح » مناسبة الشركة بالمفقود من حيث ان المـــال في يد الشريك أمانة كما ان نصيب المفقود أمانة في يد من كان المال في يده .

وأيضاً نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ، وقال الاكمل « رح » مثله او قريباً منه ، قلت إذا كان الذى ذكره الشراح وجهاً معتبراً في وجه المناسبة يمكن أن يذكر احد عقب الصلاة أو الزكاة مـــا بأس اى من كان من

أبواب الفقه ، لانه يمكن ذكر مناسبة بينها مثلما ذكر . لانه لا بـد من وجه يوجد ولو كان بعيداً فيعتبر الواضع وجه المناسبة ، وهذا كله بعيد وتركه أحسن .

ثم اعلم ان شرعية الشركة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، أمـا الكتاب قوله تعالى ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ ١٢ النساء ، وقوله ﴿ وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض ﴾ ٢٤ ص ، والخلطاء هم الشركاء ، وأما السنة فما رواه أبو داود عن محمد ابن الزبير عن أبي حبان المسمى عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قـال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خانـا خرجت من بينهما . ورواه الحاكم في مستدركه **وصححه** .

وقال الأترازي قال أصحابنا في كتبهم روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ فقال أتعرفني فقـال وكيف لا أعرفك وكنت شريك ضم الشريك لا تـداري ولا تماري ... انتهى قلت هذا أخرجه أبو داود وابن ماجة عن سفيان عن ابراهيم بن مجاهد عن قايد الشامي عن السائب بن أبي السائب انه قال للنبي ﷺ كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري ، رواه الحاكم وصححه ، ورواه أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن السائب أن النبي ﷺ شاركـه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاء فقال النبي ﷺ مرحباً بأخي وشريكي ، كان لا يداري ولا يماري ، يا سار قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك ، وإن كان ذا سلف وصدقة .

وقال السهيلي في الروض حديث السائب كثير الاضطراب مروي عن السائب بن أبي السائب عن قيس بن السائب . وروي عن عبد الله ، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا يقوم به حجة ، والسائب بن أبي السائب من المؤلفـة قلوبهم ومن حسن إسلامه منهم **واضطراب في متنه أيضاً ، فمنهم من يجعله من قول النبي ﷺ في أبي السائب ومنهم من**

وقد عرفت أن قول الاترازي أن أصحابنا قالوا لو روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ إلى آخره ليس مستقيم لأن أحداً من أصحاب الحديث لم يذكر أن هذا الحديث

الشركة جائزة لانه ﷺ بعث والناس يتعاملون بهافقرهم عليه . قال الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي ، وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب الرجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء لو اختلط مالهما

لأسامة بن شريك ، وذكره الكاكي وقال السائب بن شريك ثم قال وفي شرح الوجيز السائب بن يزيد وهذا أيضاً فيه ما فيه ، وذكر ابراهم الحرفي في كتابه غريب الحديث أن يداري مهموز من المدارأة وهي الموافقة ، وتمارى غير مهموز من المماراة وهي المجادلة ، وأما الإجماع فإن الأئمة أجمعوا على جوازها ، وأما المعقول فهي طريق لا تنف الفضل وهو مشروع بالكتاب .

(الشركة جائزة لأنه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه) يعني لما كان الناس يعقدون عقد الشركة والنبي عليه السلام لم ينكرها دل ذلك على جوازها ، فلو لم تكن جائزة لأنكرها لأنه مبعوث لبيان الحق .

(قال) أي القدوري (الشركة ضربان ، شركة أملاك وشركة عقود ، فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأمره ، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) إلى هنا كلام القدوري .

وقال المصنف (وهذه الشركة) أي الشركة التى ذكرها القدوري « رح » بقوله فشركة الأملاك إلى آخره (تتحقق في غير المذكور في الكتاب) أي في مختصر القدوري ، والمذكور في الكتاب شيئان الإرث والشراء فقط ، ثم أوضح بتحقق غير المذكور من الكتاب بقوله (كما إذا اتهب الرجلان عيناً) أي بما وهبت لهما (أو ملكاها بالاستيلاء) أي أو ملك العين رجلان بالاستيلاء على مال من أموال أهل الحرب (أو اختلط مالهما)

من غير صنع أحدهما أو بخلطهما خلطاً يمنـــع التمييز رأساً أو لا يخرج ، ويجوز بيـع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ، ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنـه لا يجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهمـــا

أي اختلط مال الرجلين (من غير صنع أحدهما) نحوها إذا أشبق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم .

(أو يخلطا) أي او اختلط مالاهما بخليطهما العماء بأنفسهما (خلطاً يمنع التمييز رأساً) يعني بالكلية كخلط الحنطة بالحنطة ونحوها (أو لا يخرج) أي او اختلط خلطاً لا يمكن التميـــيز كخلط الحنطـة بالشعير ، فهذه الأنواع أيضاً من شركـة الأملاك ، وكـذا من شركة الأملاك الذى يملك الإنسان بصدقة أو فيه (يجوز بيـع أحدهما) أى أحـــد الشريكين (نصيبـه من شريكـه في جميع الصور) المذكـورة (ومن غـــير شريكه بغـير إذنه إلا في صورة الخلط ، والاختلاط فإنه) أى فـــان بيـع أحدهمـا نصيب من غير شريكه (لا يجوز إلا باذنه وقد بينـا الفرق) أى بين الجواز في الصورة المذكورة مطلقاً وبين عدم الجواز في صورةالخلط والإختلاط الا باذن شريكه ، وبينه في الكتاب الموسوم (بكفاية المنتهى) وإنما حال بيانه عليه إما طلباً للاختصار ، وإما بأن له مصنف آخر ممن يكفيانه المنهي قيل إن الفرق إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط الخالط ، فإذا حصل بغير نقد كان سبب الزوال ماشياً من وجه دون وجه ، فاعتبر نصيب كل واحد زائلا إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيـع من الشريك ، كأنه بيـع ملك نفسه عملاً بالشبهين .

(والضرب الثاني شركة العقود) هذا لفظ القدورى « رح » أى النوع الثاني من نوع الشركه شركة العقود (وركنها الإيجاب والقبول) أى ركن شركة العقود الإيجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر ، وفسر ذلك بقوله (وهو أن يقول أحدهما) أي أحـد

شاركتك في كذا وكذا . ويقول الآخر قبلت ، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكم المطلوب منه ، ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصناع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في

المتعاقدين (شاركتك في كذا وكذا) في المال في البر ونحوه ... أو في عموم التجارات (ويقول الآخر قبلت) هذه الشركه على هذا الوجه .

(وشرطه) أي شرط الضرب الثاني وهو شركة العقود (أن يكون التصرف المعقود عليه) أي ان يكون التصرف الذى وقع عليه العقد ، وقوله التصرف اسم يكون وقوله المعقود عليه بالدفع صفة التصرف ، وقوله (عقد الشركة) منصوب على المصدر ، وقوله (قابلا) نصب على انـــه خبر يكون (للوكالة) احترز به عن الشركة في التكدى والأخشـاش والاحتطاب والاصطياد بأن المسألة في هذه الصورة يقع عن باشر منـــه خاصاً لا على وجـــه الاشتراك . وعقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة يحصل الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق أو الحكم ، ولم يوجد الولاية والمنطق بالتوكيل ، فشراء من الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركـــة وهو الربح . وهـــذا معنى قوله (ليكون ما يستفـــاد بالتصرف مشتركاً بينهما) أي بـــين الشريكين ، (فيتحقق حكم المطلوب من الشركة) وهو الربح ، وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف شركاء بينهما ، أي بين الشريكين فتحقق حكم المطلوب منه ، أى حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة (ثم هي) أى الشركة (على أربعـــة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) المفاوضة يجوز فيها الرفع والنصب والجر ، أما الرفع فعلى أنه خبر مبتدأ محذوف تقديره احدها مفاوضة ، وأما النصب فعلى تقدير أعني مفاوضة ، وأما الجر فعلى أنـــه عطف بيان وما بعد مفاوضة داخل في الوجوه المذكورة بحيث العطف ثم شرع بين هذه الأربعة بالفاء التفصيلية بقولـــه (فأما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في

مالهما وتصرفهما ودينهما لأنهـا شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحـــد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المعاداة . قال قائلهم :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذ جهالهم سادوا

أي متساويين ،

مالهما) المراد من التساوى في المال المتساوي في مال يصح فيه الشركة على ما يجيء عن قريب (وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق) يعني بغير قيد بشيء (إذ هي) أى لان المعاوضة (من المساواة) يعني من حيث المعنى لا من حيث الاشتقاق ولهذا قال صاحب المبسوط اشتقاق المعاوضة من التعويض ، إذ كل واحد منهما مفوض التصرف إلى صاحبه ... انتهى .

وليست هي منفعة من المساواة لعدم شرط الاشتقاق بل من جهـــة المعنى لأن معنى المعاوضة المساواة المشاركة والمفوضة الشركة والناس فرضي في هـــذا الأمر أي سواء لا تباين بينهم ، كذا ذكره الزمخشري في الفائق واستدل المصنف على هـــذا بقوله (قال قائلهم) وهو الأفوه الأودي الشاعر :

(لا يصلح الناس فرضا لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا)

أو قبله :

يهدي الأمور بأهل الرأي ما صلحت فإن تولت فبالجهـــا لتفاد

ومعنى البيت إذا لم يكن للناس أمير وسيد كان كل واحـــد مستقلا بنفسه فتحقق المنازعة والفساد والاستشهاد في قوله فرضي أي لا يصلح الناس المأذون في الأمر .

قوله لاسراة لهم حال والسرا جمع سرى. قال في الصحاح هو جمع عزيز لايعرف غيره جمع فعيل على فعله ، وفي المفصل المسيراه اسم جمع السرى كركب في الراكب والسرى السيد من سرى فهو سرى وهم سرات وسروات أي سارات .

كذا في المغرب ، وفي الصحاح المراسخا في مروة يقـال سرى يسرو ويسري بالكسر يسري سروا فيها ويسروا سراوه أي سار سريـــاً ، وقرأ المصنف فوضى بقوله (أي متساويين) أي لا يصلح الناس إذا كانوا متساويين في الأمور ، فكل منهم يريـــد مضي أمره فيقع الاختلاف ، ولا يصلح الائتلاف .

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ، وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه . وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفاً لايملكه الآخر لفات التساوي، وكذلك في الدين لما سنبين إن شاء الله تعالى . وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لايجوز وهو قول الشافعي، وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة ،

(فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء) أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ استقامة ، وأما انتهاء فلأن المعاوضة من العقود الجائزة فإن كان لكل واحد منهما الامتناع بعد عقد الشركة فكان كدوامهما حكم الابتداء في ابتداء المتفاوضة بشرط المساواة، فكذا في الانتهاء،حتى إذا زاد مال احدهما بعد العقد لاتكون المساواة،فلا يبقى المعاوضة (وذلك) أي تحقق المساواة (في المال،والمراد به ما تصح الشركة فيه) أي المراد بالمال الذي اشترط فيه المساواة هو المال الذي تصلح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس أيضاً على قولهما لا ما لايصلح فيه الشركة كالعروض والعقار التفاضل فيه يبطل المعاوضة، وهو معنى قوله (ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه) كالنبات ونحوها ، وكذا الديون لا تصلح فيها الشركة حتى لو كان لأحدهما ديون على الناس لايبطل المعاوضة ما لم ينفر ذكره في الإيضاح والذخيرة (وكذا في التصرف) عطف على قوله وذلك في المال، أي وكذا تحقيق المساواة في التصرف (حتى لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لفات التساوي) بأن كان الآخر عبداً أو صبياً أو ذمياً،فلا يصلح المفاوضة بين الحر والعبد والصبي والبالغ والمسلم والذمي (وكذا في الدين) عطف على قوله وذلك (لما سنبين إن شاء الله تعالى) عن قريب سنبين اشتراط التساوي في هذه الأشياء المذكورة (وهذه الشركة) أي شركة المفاوضة (جائزة عندنا استحساناً ، وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد .

(وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) وفي الكافي وهذا تناقض لأنه إذا لم يطر فيها كيف يحكم بالفساد إذ لا تصديق بلا تصور ، ورد هذا بأن قوله لا أدري ما يكون حكماً بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض . وفي الحلية والمغني وحكم عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز في الجملة وصفها عنده أن تفوض كل واحد إلى آخر التصرف مع حضوره وغيبته ، وتكون يده كيده ، ولا يشترط فيه التساوي في المال .

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل ذلــك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله ﷺ فاوضوا فإنه أعظم للبركة ،

(وجه القياس أنها) أي ان المفاوضة (تضمنت الوكالة بمجهول الجنس) أي بشراء شيء بمجهول الجنس (والكفالة) أي تضمنت الكفالة (بمجهول ، وكل ذلك) أي المذكور من الوكالة بمجهول الجنس الكفالة بمجهول (بانفراده فاسد) فعند انضمامها بالطريق الأولى ألا ترى انه قـال وكلتك بالشراء أو شراء الثوب لاتصح الوكالة والكفالة بمجهول لايصح أيضاً بخلاف الكفالة بمعدوم ، فإنها جائزة كما في قوله ما داب لك على فلان يعني به ، فإن قيل الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخـر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فإنه يجوز له أن يتصرف فيما أصيب بالعموم ليس بمراد هنا ، فـإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله ، فاذا لم يكن عاماً كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز .

(وجه الاستحسان قوله عليه السلام ،فاوضوا فانه أعظم للبركة) هذا غريب ليس له اصل ، وقال الاترازي وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي ﷺ وهذا لا يرضى به الخصم . وقال ابن قدامـة في المغني لا يعرف الخبر ولا رواه أصحاب السنن ، وقال الكاكي قيل له هذا لا يدل على عدم صحته إذ ليس من شرط صحة الحديث أن يروي أصحاب السنن. قلت سلمنا ذلك ولكن لا بد من شرط صحة الحديث أن يروي ثقة عن ثقة إلى أن يتسمى إلى أحد من الصحابة ثم إلى النبي ﷺ ، وذكر الكاكي أيضاً قوله عليه السلام إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة ، قلت أيضاً غريب مثل ذلك ، نعم روى ابن ماجة في سننه في التجارات عن صالح بن صهيب قال قال رسول الله ﷺ ثلاث فيهن البركـة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ... انتهى .

قوله المفاوضة بالقاف والواو في بعض نسخ ابن ماجة المفاوضة بالفاء ، ورواه إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط بالمعاوضة بالعين والضاد ، وفسر المفاوضة بـأن بلغ عرضاه بعرض مثله ، قال والعرض هو مأجور النفور من دابة أو غيرها، وقال العرض بفتح الراء حطام الدنيا ، ومنه قوله عليه السلام ليس الغنى عن كثرة العوض إنمـا الغنى غنى النفس .

وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة . ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه المفاوضة يجوز لأن المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين ، لتحقق التساوي ،

قلت هذا أيضاً لا يصح به الاستدلال لوجه الاستحسان (وكذا الناس يتعاملون بها) أي بالمفاوضة (من غير نكير) فكان دليلا على جوازها (وبه) أي بتعامل الناس بها (يترك القياس) قال الكاكي لأن التعامل كالإجماع ، وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ، وقد رد جواز الشركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين رحمهما الله تعالى .

(والجهالة متحملة تبعاً) هذا جواب عن جهة القياس تقديره أن الجهالة التي ذكرت فيه تحملت تبعاً لا قصداً ، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً بأن الوكالة لمجهولة الجنس لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً بالإجماع (كما في المضاربة) فان الضارب وقت تصرفه وكيل عن رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتها في ضمن عقد المضاربة لا قصداً ، ولأن الجهالة تبطل باعتبار المنازعة لا بد أنها ولا منازعة هنا .

(ولا تنعقد) أي شركة المعاوضة (إلا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام) فان أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها (حتى لو بينا) بلفظ التثنية أي حتى لو بين المتعاقدان (جميع ما تقتضيه المفاوضة تجوز لأن المعتبر هو المعنى) لا اللفظ ، وهذا يجعل للكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة شرط ضمان الأصل كفالة .

(قال) أي القدوري « رح » (فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين) أي **فتجوز المفاوضة بين حرين احترز به عن أن يكون بين الحر والعبد ، وقوله الكبيرين صفة** الحرين احترز به عن أن يكون بين الكبير والصغير .

وقوله مسلمين حال الضرر به عن أن يكون أحدهما مسلماً والآخر ذمياً ، وقوله أو ذميين أي أو بين ذميين (لتحقق التساوي) في جميع ذلك ، ولم يذكر المصنف بعد قوله مسلمين لفظ عاقلين ، ولا بد من ذلك .

وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لمـــا قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ، ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة ، لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي . قال ولا بين المسلم والكافر . وهذا قول أبي حنيفة ومحمـــد « رح » وقال أبو يوسف « رح » يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ،

(وإن كان أحدهما) أي أحد المتعاوضين (كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لما قلنا) وهو قوله لتحقق التساوى بينهما ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

(ولا تجوز) أى المفاوضة (بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام التساوى) وفي بعض النسخ لعدم المساواة (لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما) أى من التصرف والكفالة (إلا باذن المولى) يرجع إلى قولـــه بين الحر والمملوك .

(والصبي لا يملك الكفالة) أذن له وليه أو لا (ولا يملك التصرف إلا باذن الولي) إلى هنا من قولـــه ولا يجوز بين الحر والمملوك من كلام المصنف شرح لكلام القدورى « رح » وقوله (ولا بين المسلم والكافر) من كلام القدورى أى لا يجوز المفاوضة بينهما لعدم التساوى .

(وهذا) أى وعدم جواز المفاوضة بين المسلم والكافر (قول أبي حنيفة ومحمد ،وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما ، أى بين المسلم والكافر (في الوكالة والكفالة) لان كل منهما يملك التوكيل والتكفيل .

وذكر الشراح أن عند أبي يوسف يجوز ذلك لتساويهما في التصرف لان كل ما يملكه الذمي من شراء الخمر والخنزير يملكه المسلم أيضاً بالتوكيل ، وجوابـــه أن الذمي يملكه بنفسه ، والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوى وصار كالحر مع العبد .

ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة ، ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود ، ولهما أنـــه لا تساوي بينهما في التصرف فإن الذمي

(ولا يعتبر بزيادة تصرف) هذا جواب من جهة أبي يوسف « رح » عما يقـــال كيف يؤخذ التساوى بين المسلم والكافر ، فالكافر يجوز له التصرف في الخمر والخنزير ، ولا يجوز للمسلم فانعدم التساوى وتقرير الجواب أنه لا يعتبر بزيادة تصرف (يملكه أحدهما) أى أحد المتعاوضين (كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة) بالإتفاق (ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية) عمداً ، لانه يعتقد حلالاً بخلاف الحنفي .

وحاصل الكلام ان الاعتبار بالتساوى في أصل التصرف كما ان أحدهمايملك التصرف بأمر له أو نيابـــة ، فكذلك الآخر لكن أحدهما اختص بزيادة تصرف ، فلا يصرف ذلك كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي ، كمـــا ذكرنا قوله بين الشفعوى نسبـــة إلى الشافعي .

فكذا لا يصح ، بل الصواب أن يقال الشافعي المذهب كما يقال للامام الشافعي فانه منسوب إلى شافع أحد أجداده ، وفي نسخة شيخي العلاءبين الشافعي والحنفي على الصحة ، وقال الكاكي وفي بعض النسخ بين الشافعي والحنفي يعني بالفاء بعد النون ، والصواب الحنفي منسوب إلى أبي حنيفة بالنسبة إلى فعيلة فعلا بحذف الياء ، والحنفي بالياء منسوب إلى الحنف بدون الياء .

(إلا أنه يكره) استثناء من قولـــه ، وقال أبو يوسف يجوز التساوى بينهما في الوكالة والكفالة ، ووجه الكراهة ، وهو ما ذكره بقولـــه (لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود) لأنه لا يحترز من الدين ، فلا يؤمن أن يكون شريكه حراماً .

(ولهما) أى ولابي حنيفة ومحمد (انـــه لا تساوى بينهما في التصرف ، فان الذمي

لو اشترى برأس المـــال خموراً أو خنازير صح ، ولو اشتراها مسلم لا يصح. ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة ، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقـــد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان ، إذ هو قد يكون خاصاً ، وقد يكون عاماً .

إذا اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح،ولو اشتراها) أي الخمر والخنازير (مسلم لا يصح) فلا يساوى ، فان قلت لكل معاوضة الكتابي المجوسي بحيث يصح ، ولا مساواة في التصرف منها ، فان المجوسي يتصرف في الموقودة لأنه يعتقد المالية ، والكتابي لا يتصرف ، وكذا الكاكي يؤاجر نفسه للذبح والمجوسي لا يؤاجر نفسه للذبح .

قلت من جعل الموقودة مالاً يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحقق المساواة ،والمساواة في المؤاجرة ثابتة ، يعني فـان كل واحد من المجوسي والكتابي من أجل ان ينقل ذلك العمل عليه أن يقيمه بنفسه أو بنائبه ، وإجارة المجوسي للذبح صحيحة مستوجب بهـــا الاجر ، وإن كان لا يحل ذبيحته .

(ولا يجوز) أي المفاوضة (بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعـدام صحة الكفالة) أي من العبـد والصبي والمكاتب والمفاوضة تتضمن الكفالة ، فلا يصح مفاوضتهم . قال لا بين المكاتبين ، وكذا لا يصح بين المكاتب والحر (وفي كل موضع تصح المفاوضة لعدم شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان) أي والحال أنـــه لا يشترط ذلك الشرط في شركة العنان (كان عناناً) لانـــه أتى بمعنى العنان بعبارة المفاوضة (لاستجماع شرائط العنان).

(إذ هو) أي عقد شركة العنان (قد يكون خاصاً) في نوع من التجارة (وقـد يكون عاماً) في أنواع التجارة ، والمفاوضة عامة فيها نظيره ما ذكرناه في الشامل في قسم المبسوط . وإن تعارض عبدان مسلم وذمي كانت شركة العنان والمفاوضة أعم من العنان ، فاذا بطل يعني العموم فبقي معنى الخصوص فجاز إثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز إثبات الخصوص بلفظ العموم .

قال وتنعقد على الوكالة والكفالة ، أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه ، وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً . قال ما يشتريه كل واحد منهما تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم ، وكذا كسوته ، وكذا الإدام

وتنعقد أى المعاوضة في بعض النسخ (قال) أى القدورى « رح » (وتنعقد على الوكالة والكفالة) يعني ان كل واحد من الشريكين يكون فيما باشر وكيلا عن الآخر وكفيلا عنه (أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال) لان التصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة ، ولم توجد الولاية فتثبت الوكالة لتحقق المقصود من الشركة فيكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف (على مابيناه) يعني عند قوله قبل هذا ليكون ما تستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما .

(وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات) أى وأما انعقاد المفاوضة على الكفالة فيتحقق معنى المفاوضة وهي المساواة في أمر من موجبات التجارة أى من مقتضياتها ، أى الامر الآخر الذى هو من مواجب التجارة ويوجب التجارة. (وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً) فيكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما وجب عليه بسبب التجارة ، وإذا كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم الآخر عند أبي حنيفة ، وخلافاً لهما على ما يجيء إن شاء الله تعالى . وإذا اشتراه كل واحد منهما وفي أكثر النسخ (قال) أى القدورى « رح » (وما يشتريه كل واحد منهما) أى من المتعاوضين (تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فانها تكون الذى اشتراه خاصة .

قال المصنف (وكذا كسوته) أي وكذا كسوة الذي اشتراه يكون له خاصة (وكذا الإدام) يعني يكون الذي اشتراه لا على الشركة ، لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن ، ألا ترى إلى ما قال الكرخي في مختصره ، وإذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله أو كسوة أو ما لا بد لهم منه ، فذلك جائز وهو قول خاصة دون صاحبه ، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء على ما يجيء .

لأن مقتضى العقد للمساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب فهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة ، والقياس أن يكون على الشركة لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما

وكذا إذا اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه ، وليس له أن يشتري جارية للوطىء إذا لم يأذن له شريكه .

وكذلك إذا اشترى جارية للخدمة في مختصر الكرخي « رح » أيضاً وإن اشترى أحدهما جارية للوطىء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطىء العقد يأخذ المستحق بالعقد أيهما شاء .

(لأن مقتضى العقد) أي عقد شركة المفاوضة (المساواة) وهذا تعليل للمثنى منه وهو قوله يكون على الشركة (وكل واحد منهما) أي من المتماوضين (قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب) أي في القدوري (وهو) أى المستثنى منه (استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة) لأن كل واحد منهما حين يشارك شارك صاحبه عالم بحاجته إلى ذلك ،ومعلوم ان كل واحد منهما لم يقصد بلفظ المفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه .

(فان الحاجة الراتبة) أى الراتبة من قولهم رتب الشيء إذا استقت ودام وأمر مرتب دائم ثابت (معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه) أى إيجاب شراء أحد المتماوضين (على صاحبه ولا الصرف) أى صرف الثمن (من ماله ، ولا بد من الشراء) أى شراء طعام الأهل وكسوتهم (ليختص به) أي يختص المشتري بالطعام والكسوة (ضرورة) لأنه لا بد من شراء ذلك .

(والقياس أن يكون) كل ذلك (على الشركة لما بينا) وهو قوله لأن مقتضى العقد المساواة (وللبائع أن يأخذ بالثمن) أى بثمن الطعام والكسوة والإدام (أيهما) أى المتماوضين

شاء المشتري بالأصالة ، وصاحبه بالكفالة ، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى لأنه قبض ديناً عليه من مال مشترك بينهما .
قال ولا يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة ، فما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ، ومن القسم الآخر الخيانة

(شاء المشترى) أي يطالب المشترى (بالأصالة) لأنه هو المباشر (وصاحبه) أي يطالب صاحبه (بالكفالة) لانه كفيل عنه (ويرجع الكفيل على المشترى بحصته بما أدى) يعني من مال الشركة (لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما) أي بين المتعاوضين (ومايلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر) أي فالشريك الآخر (ضامن له ، تحقيقاً للمساواة) أي يعني المساواة الذي تقتضيه الشركة المتعاوضة (فما يصح الاشتراك فيه) أي فمن جملة ما يصح الاشتراك فيه (البيع والشراء) صورتهما ظاهرة ، لكن الثمن في البيع الجائز ، والقيمة في البيع الفاسد (الاستئجار) صورته أن مستأجر أحد المتعاوضين أجير في تجارتهما أو دابة أو شيئاً من الأشياء فللمؤجران أن يأخذ الأجر أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لما يلزمه من التجارة ، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا إلى مكة تحج عليها فللمكارى أن يأخذ أيها شاء ، إلا ان شريكه إذا أدى من خالص ماله يرجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه نصيبه من الدرى .

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجر لأنه هو الذي استأجره ، لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه (ومن القسم الآخر) أي مما لايصح فيه الاشتراك (الخيانة) أراد بها الخيانة على نفي ادم لأن ضمان العقب يلزم الشريك ، وفي المبسوط إذا ادعى رجل على أحدهما خطأ لهما إن شق مقدورات استحلفه فحلف ، ثم أراد أن مستحلف شريكه ليس له ذلك إذ لا خصومة له مع شريكه إذ لا يكون أحد كفيلا عن الآخر فيما ليس في التجارة .

والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة « رح » وقال لا يلزم لأنه تبرع ، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض

(والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) ففي هذه الأشياء إذا ادعى رجل على أحدهما وحلفه ليس له أن يحلف الآخر بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ببيع خادم يخدم المدعى أن يحلف المدعي عليه على الثبات وشريكه على العلم وصورة الخلع ما لو عقدت المرأة مع آخر عقد مفاوضة ثم خالعت زوجها بمال لا يلزم ذلك على شريكها ، كذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم شريكها .

(وعن النفقة) أي وكذا الصلح عن النفقة على شيء لا يلزم شريكه شيء من ذلك (ولو كفل أحدهما) أي أحد المفاوضين (بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقالا لا يلزمه) أي لأن الكفيل متبرع على صيغة اسم الفاعل وفي بعض النسخ (لأنه تبرع) بصفة المصدر أي لأن عقد الكفالة تبرع .

وكذا في نسخة العلاء ، وقال الفقيه أبو الليث وهذا إذا كفل بأن المكفول عنه وإن كفل بغير إذنه ينبغي ان لا يجب شيء على صاحبه في قولهم جميعاً ، وفي شرح الطحاوي إن كانت الكفالة بالنفس فلا يؤاخذ به صاحبه بالإجماع .

(ولهذا) أي ولكون عقد الكفالة متبرعاً (لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب) لأنهم ليسوا من أهل التبرع (ولو صدر) أي التكفل أو عقد الكفالة (من المريض) مرض الموت (يصح من الثلث) قال الكاكي وقيد صدور الكفالة بحالة المرض لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حالة الصحة بغير ذلك في جميع المال بالإجماع .

(وصار) أي عقد الكفالة بالمال (كالإقراض) حيث لا يلزم الشريك ، وقال الكاكي وفي الأقراض اختلاف فإنه ذكر في الإيضاح لو قرض أحد المتفاوضين مالاً وأعطاه رجلا وأخذ الصحة كان جائزاً عليهما ولا يضمن ثمن المال أولا ، وفي قياس قول أبي يوسف «رح» يضمن القرض صحة شريكه ..

والكفالة بالنفس ، ولأبي حنيفة « رح » أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء ، لأنــــه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء يتضمنه المفاوضـــة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره،

(والكفالة بالنفس) حيث لا يؤاخذ به الآخر (ولأبي حنيفة) أي عقد الكفالـــة (تبرع ابتداء) أي في ابتداء الأمر ،ألا ترى أن المريض لو كفل يعتبر من الثلث ، ولو كفل العبد المأذون لا يجوز كفالته (ومعاوضة بقاء) أي في حالة البقـاء ألا ترى ان يحر على الأداء (لأنه) هذا تعليل تكون الكفالة مفاوضة بقـاء ، يعني أن الكفيل (يستوجب الضمان) أي يستحقه على المكفول عنه (بما يؤدى عن المكفول عنه إذا كانت الكفالـة بأمره) أي بأمر المكفول عنه .

(فبالنظر إلى البقاء صح لتضمنه المفاوضة بالنظر إلى الإبتداء لم تصح)و كلامنافي البقاء لأنه يلزم شريكه بعدما لزم عليه ، وفي نسخة شيخنا العلاء لأنه مستوجب الضمان عما يؤدي على المكفول عنه ، فإذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء بتضمنه المعاوضة وبالنظر إلى الإبتداء لم يصح ، وكذا قال الأكمل فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفـــاوضة يعني وحاجتنا ها هنا إلى البقـــاء اذ المطالبة متوجة بعـــد الكفالة لأنها حكمها ، فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم الأجر ، وهذه هي حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثمه في الابتداء بأنه قد يضمنه أولاً ، فاعتبرنا جمعة النزع فيه ولم يعتبره ها هنا لأن الابتداء ثمه محتاج اليه ولا كذلك هـــا هنا لصحة الابتداء . لكن الضامن من أهل الضمان دون الصبي ممن ذكره .

قال الأكمل ويريد به الصبي والمجنون ، وقال تاج الشريعة يريد به المكاتب والصبي والعبد المأذون ... انتهى .

وقال الأترازي « رح » وقوله (ممن ذكره) أي ذكره أبو يوسف ومحمد لأن القياس أن تقول ذكره بضمير الاثنين والقيـــاس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على

ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه تبرع ابتداء وانتهاء ، وأما الإقراض فعن أبي حنيفة « رح » أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا تتحقق معاوضة .

صيغة المبني للمفعول ، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب ... انتهى .

قلت فيه نسبة المصنف إلى السهو بجنس العبارة وقوله ممن ذكره بضمير الإفراد صحيح لأن المسئلة من مسائل الجامع الصغير الذي يذكر فيه منسوب إلى محمد وإن كان أبو يوسف « رح » معه في مواضع وإفراده للضمير فهذا الاعتبار أى ممن ذكره محمد في الجامع الصغير فافهم .

(ويصح) أي عقد الكفالة (من الثلث) أي من ثلث المال (من المريض) مرض الموت ، وقد مر بيانه (بخلاف الكفالة بالنفس) حيث لا يلزم شريكه (لأنه) أي لأن عقد الكفالة بالنفس (تبرع ابتداء وانتهاء) إذ لا مستوجب الكفيل قبل المكفول عنه شيئاً .

(وأما الاقتراض) هذا في الحقيقة جواب عن قولهما وصار كالاقراض بطريق المشبع ، بيانه ان الإقراض (فعن أبي حنيفة رح) رواه الحسن (أنه يلزم صاحبه) عند أبي حنيفة ولا نسلم أنه لا يلزمه على رواية الحسن حتى لو فرض احد المتعاوضين جاز عليه وعلى شريكه ، ولا يضمن لشريكه شيئاً .

(ولو سلم) جواب بطريق التسليم يعني ولو سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه عند أبي حنيفة (فهو) أي الاقراض (إعارة) لا معاوضة بدليل جوازه إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسبة في الأموال الربوية ، فإذا كان كذلك (فيكون لمثلها) أى لمثل الإعارة (حكم عينها) أي عين ما أقرضه (لا حكم البدل) كما في الإعارة الحقيقية (حتى لا يصح فيه الأجل) أى لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز ، ولكنه لا يلزمه المضي على ذلك التأجيل ، وإذا كان الامر كذلك (فلا تتحقق المعاوضة) في الاقراض في الامراض .

ولو كانت بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ، ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة « ر ح » لأنه معاوضة انتهاء .

(ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أى بغير أمر المكفول عنه (فالصحيح انه لا يلزم صاحبه لانعدام معنى المفاوضة) وإليه ذهب الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وتبعه المصنف حيث قال (ومطلق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير عن قيد الكفالة بأمر المكفول عنه محمد « رح » هذا المقدار .

هذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، وعامة المشايخ لم يفرقوا في شروح الجامع الصغير بينهما إذا كان بأمره أو بغيره إطلاق جواب كتاب الجامع الصغير (محمول على المقيد وضمان الغصب والإستهلاك بمنزلة الكفالة) يعني في انه يلزم شريكه .

وعند محمد « رح » ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة (عند أبي حنيفة) عن أبي يوسف « رح » في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك (لانهمعاوضة انتهاء) لان الغرض عندالطلب ،وقال الكاكي يختص أبو حنيفة في قوله بمنزلة الكفالة عنده ، إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن فيهما محمداً « رح » مع أبي حنيفة ، رح » في انه يلزمه شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقـال الاترازى « رح » وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغاصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة « رح » ومحمد خلافاً لابي يوسف « رح » في غير رواية الأحول انه لا يلزم الشريك لانه معاوضة انتهاء ، لان الغرض عند الطلب ،وقال الكاكي « رح » تخصيص أبي حنيفة « رح » في قوله بمنزلة الكفالة عنه إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن سيا محمد مع ابي حنيفة « رح » في انه يلزمه شريكه ، وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقال الاترازى وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

قال فإن ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة ، أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه ، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » خلافاً لابي يوسف « رح » في غير رواية الاصول. وقال الاكمل تلميح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة « رح » بأن محمداً « رح » مع ابي حنيفة « رح » في لزوم ضمان الغصب واستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه .

(وإن ورث أحدهما) اى احد المتعاوضين (مالا تصح فيه الشركة) هذه الجملة صفة لقوله مالاً ، والمال كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة (أو وهب له) أى لاحد المتعاوضين (ووصل) أى المال (إلى يده بطلت المفاوضة وصارت) أي الشركة (عناناً لفوات المساواة) التي هي الشرط (فيما يصلح رأس المال إذ هي) أى المساواة (شرط فيه) أى في عقد الشركة المفاوضة (ابتداء وبقاء) أى في حال الإبتداء وحالة البقاء . لا قضاء مساواة الدوام .

(وهذا) أي بطلاق المفاوضة وصيرورتها عناناً (لأن الآخر) أي الشريك الآخر (لا يشاركه) أي لا يشارك صاحبه (فيما أصابه) من المال (لانعدام السبب) أي سبب الشركة وهي التجارة (في حقه) أي في حق الآخر (إلا انها) أي غير ان المفاوضة (تنقلب عناناً للإمكان، فإن المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء ، وكل ما ليس بشرط فيه الابتداء يشترط فيه دواما .

(ولدوامه) أي ولدوام العنان (حكم الإبتداء لكونه غير لازم) أي لكونه عقداً غير لازم فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك

فإن ورث أحدهما عرضاً فهو له . ولا تفسد المفاوضة ، وكـــذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة ، فلا يشترط المساواة فيه .

فصـــل

ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ،

فصار كالوكالة المفردة ، فصار كأنها انشاء الشركة في الحال ، ولا مساواة بينهما فيكون عناناً ، فإن قيل الاجارة عقد لازم حتى لا يتفرد كل واحد من المتعاقدين بالفسخ ويجبرهما القاضي على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا يبقى بموت أحد المتعاقدين فكيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه إذ العقد اللازم لدوام حكم الابتداء كما في الاجارة ، قيل في جوابه الاجارة عقد غير لازم كما قال شريح لكون المعقود عليه معه ، وما في الحال فكان بمنزلة العارية ، إلا انه عند معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين كما في البيع والاجارة بموت أحدهما باعتبار كونه لازماً باعتبار فوت المستحق ، لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث (وإن ورث أحدهما) أي أحد المتعاوضين (عرضاً) أي متاعاً في الأمتعة (فهو له) اي فالعرض له ، يعني لا يكون في الشركة .

(ولا تفسد المفاوضة ، وكذا العقار) أي وكذا لا يفسد المفاوضة ، إذا ورث أحدهما عقاراً (لأنه لا تصح فيـــه الشركة ولا شرط المساواة فيه) أي في العنان والله أعلم بالصواب .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة ، ولما كان المبحث هنا غير المبحث فيما قبله ذكره بفصل على حدة فقال (ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) قال الكاكي في المبسوط تكون المفاوضة والعنان في شركة البقل والوجوه مع عدم المال فيها فكان قوله لا تنعقد الشركة إلا بكذا كيف يتحصل. قلت المراد بقوله لا

وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان الجنس واحداً لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود ، بخلاف المضاربة ، لأن القياس يأباها ، لما فيها من ربح ما لم يضمن

تنعقد الشركة هي شركة المفاوضة لأن اللام للتعريف في الشركة فيصرف المذكور إلى السابق .

وقال صاحب النهاية أيضاً المراد شركة المفاوضة لأنه شرع فيه بعد بيان المفاوضة ، ولهذا بدأ بعدهذا ببيان شركة العنان بقوله أما شركة العنان. قوله بالفلوس النافقة إلى إلى الرائجة ، لأن غير النافقة من العروض وكذا يجوز بالتبر النافقة ولا خلاف في ان المشتركة تصح بالنقدين والفلوس النافقة والخلاف في العروض ، فقال أصحابنا أحمد والشافعي في وجه لا يجوز وقال في وجه إن كانت العروض مثلياً يجوز إذ المثلي نسبة المفقود ، ويرجع عند المعاوضة بمثلها .

(وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضاً إذا كان الجنس واحداً لأنها) أي لأن الشركة (عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود) واشتراط اتحاد الجنس بناء على أن الخلط شرط عنده، وقال الأكمل «رح» في ذلك خلاف مالك نظر لما تقدم من قوله ، وقال مالك لا أعرف ، والمفاوضة إلا إذا ثبت عنه روايتان أو يكون تعريفاً على قول من يقول لها كما نقل عن أبي حنيفة في الزراعة ... انتهى .

قلت نقل هذا عن مالك غير صحيح ، وإنما هذا منقول عن الشافعي ،وعندمالك يجوز لما نقله المصنف ، وعن أحمد في رواية يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ، وبه قال الأوزاعي وطاووس وحماد بن أبي سليمان وابن ابي ليلى (بخلاف المضاربة) في تتمة قول مالك يعني المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير .

(لأن القياس يأباها) أن يمنع جوازها (لما فيها من ربح ما لم يضمن) لأن المال ليس بمضمون على المضاربة بل هو أمانه في يده ، فكان ما حصل من الربح ربح بمال غير مضمون

فتقتصر على مورد الشرع . ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته ، إذ هي لا تتعين ، فكان ربح ما ضمن ، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز ،

يستحق رب المال ، لأنه لم يعمل في ذلك الربح ، فلا يصح (فيقتصر على مورد الشرع) وهي الدراهم والدنانير .

وأما في الشركة فإن كان واحداً من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل واحد منهما في مال لنفسه يعتبر شركة يصح .

و (لنا انه) أي عقد الشركة بالعروض (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وأنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وأوضح كيف يروي إلى ربح ما لم يضمن لا يجوز بقوله (لأنه إذا باع كل واحد منهما) أي من الشريكين من العروض (رأس ماله وتفاضل الثمنان) بأن باع أحدهما عرضه بأضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح (فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يضمن)وما لم يملك وذلك لا يجوز (بخلاف الدراهم والدنانير ، لأن ثمن ما يشتريه) كل واحد منهما برأس المال يتعلق الشراء برأس المال بعينه ، وإنما يتعلق بمثله ديناً (في ذمته إذ هي) أي الأثمان (لا تتعين) والتعيير (فكان ربح ما يضمن) لتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال في الذمة .

(ولأن أول التصرف) دليل آخر ، أي أول التصرف في الشركة (في العروض البيع) أنه بيع العروض (وفي النقود) أي وفي الشركة في الدراهم والدنانير (الشراء) وهو ظاهر (وبيع أحدهما) أي أحد الشريكين (ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز) لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة

وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون البيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة تروج رواج الأثمان فألحقت بها . قالوا هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف

لا تصح في العروض ، فإنه لو قال لغيره بع عرضك على ان ثمنه بيننا لا يصح .

(وشراء أحدهما شيئاً بماله على ان يكون البيع بينه وبين غيره جائز) ألا ترى ان من قال اشترى بألف من مالك على أن ما يربه مشترك بيننا فالشركة جائزة وقدر صاحب النهاية هذا، الدليل الثاني على وجه يؤول إلى ربح ما لم يضمن وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة في كل موضع لا تجوز الوكالة ملك الصفة لا تجوز الشركة ، ومعنى هذا أن الوكيل بالوكيل بالبيع ان يكون أميناً ، فإذا شرط له جزء من الربح ما لم يضمن ، فأما الوكيل بالشراء فهو من طلتمس في ذمته ،فإذا شرط له جزء الربح كان هذا ربح ماقد ضمن.

(وأما الفلوس النافقة) فلانها (تروج رواج الأثمان) أي كرواج الأثمان (فالتحقت بها) أي بالأثمان (قالوا) أي قـال المتأخرون (هذا) اي هذا الذي ذكره القدوري « رح » من جواز الشركة بالفلوس النافقة وهو (قول محمد « رح ») كذا فسره الاترازي « رح » لأن ماله الفلوس التي ذكرها في أول الفصل ذكرها القدوري « رح » في مختصره وغيره . قال قوله هذا أي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد « رح » (لأنها) أي لأن الفلوس النافقة (ملحقة بالنقود عنده) أي عند محمد «رح » (حتى لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير .

(ولا يجوز بيع اثنين بواحد) أي بيع فلسين بفلس واحد (بأعيانها على ما عرف) في نوع، وإنما قيد بأعيانها لتظهر ثمرة الاختلاف ، فإنـــه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالإجماع المركب .

أما عندهما فله وجه النسبة في الجنس الواحد ، وأما عند محمد « رح » فلهذا أو لمعنى الثمن ، وأما إذا كانت بأعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد « رح » لا يجوز .

أما عنـــد أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا تجوز الشركة والمضاربـة بها ، لأن ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعــاً ، ويروى عن أبي يوسف « رح » مثل قول محمد « رح » والأول أقيس وأظهر ،

ولم يذكر القدوري « رح » في الفلوس النافقة خلافاً ، وإنما الحقها بالدراهم والدنانير ، ولم يذكر الخلاف فيها ، وكذلك حكم الشبهة لم يذكر الخلاف فيها .

وقال الكرخي « رح » في مختصره والأموال التي يصح بهـــا عقد الشركة الدراهم والدنانير في قولهم جميعاً ثم قـــال وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » يصح بالفلوس أيضاً ، وفي الشامل تجوز الشركة بالفلوس لأنها لا تتغير في العقد ، وعن أبي يوسف « رح » لا تصح وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه بيع مكاده وثمن أخرى .

وقال الأسبيجابي في شرح الطحاوي « رح » ولو كان رأس مـــال أحدهما لم تجز الشركة عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ، لأن الفلوس إنما صارت ثمنـــاً باصطلاح النـــاس وليس بثمن في الأصل ، وعند محمد تجوز وهو قول أبي يوسف « رح » الأول .

(أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا تجوز الشركة ولا المضاربة بهـــا) أي بالفلوس (لأن ثمنهـــا يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة) فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بالسلعة .

(ويروى عن أبي يوسف « رح » مثل قول محمد « رح ») يعني لا يجوز بيع الفلسين بفلس واحد ، وهذا قول أبي يوسف « رح » أولاً (والأول) أي كون أبي يوسف « رح » مع أبي حنيفة « رح » (أقيس) أي أشبه (وأظهر) لأن أبا يوسف « رح » جوز بيع الفلسين بفلس واحد إذا كانا عينين كأبي حنيفة « رح » ، وجعل الفلوس كالعروض ، فلما كان مذهبه في مسألة البيع مذهب أبي حنيفة كان مذهبه أيضاً في مسألة الشركة ، لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة .

وعن أبي حنيفة «رح» صحة المضاربة بها. قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن تعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب. وفي الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده التبر. فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم. فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف أنهما

(وعن أبي حنيفة « رح ») أي روي عن أبي حنيفة رواه الحسن عنه (صحة المضاربة بها) أي بالفلوس النافقة (قال) أي القدورى « رح » (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك) أي سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة (إلا أن تعامل الناس بالتبر) بكسر التاء المثناة من فوق وسكون الباء الموحدة وهو من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ .

(والنقرة) بضم النون وهي القطعة المذابة من الفضة والذهب (فتصح الشركة بهما) أي بالتبر والنقرة (هكذا ذكره في الكتاب) أي في مختصر القدورى « رح » (وذكر في الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر) أي مراد محمد « ر ح » في الجامع الصغير من قوله قبل ذهب أو فضة التبر .

(فعلى هذه الرواية) أي رواية الجامع الصغير (التبر سلعة يتعين بالتعيين، فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات) لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن .

(وذكر في كتاب الصرف) من الجامع الصغير (ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما) اى في المضاربات والشركات .

(وهذا) إشارة إلى ان النقرة لا تتعين بالتعيين (لما عرف أنهما) أن الذهب والفضة

خلقــا ثمنين في الأصل ، إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص،لأنه عند ذلــك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً ، إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المـــال ، ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ، ولكل واحد منهما ربح متاعه ، وعليـــه وضيعته ، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف « رح » . والشركة شركة

(خلقا ثمنين في الأصل) يعني رواية الجامع الصغير لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنين مختصين بالضرب المخصوص ، لأن عند ذلك أى عنـــد الضرب المخصوص لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً (إلا) أن يجدي التعامل . هذا استثناء من قوله (أن الأول أصح لأنها وإن خلقت التجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأنه عند ذلك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً إلا أن يجرى التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال) يعني أن الأول وهي رواية الجامع الصغير وهي أن النقرة لا تصلح إلا إذا جرى التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامـــل منزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال .

(ثم قوله) أى ثم قال القدورى « رح » في مختصره (ولا يجوز بما سوى ذلك) أى لا يجوز عقد الشركة ما سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة (يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب ولا خلاف فيه بيننا) أى لا خلاف في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون والعددى المتقـــارب (قبل الخلط) فيما بينا ، أى باتفاق أصحابنا (ولكل واحد فيهما ربح متاعه وعليه وضيعته) أى خسته وفي المختلف فـإن خطا ثبت بينهمـــا شركة ملك ، فإذا باعا فالربح والوضيعة على قدر مالهـــا كسائر الأعيان .

(وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك لا يجوز عند أبي يوسف « رح » والشركة شركة

ملك لا شركة عقد وعن محمد « رح » تصح شركة العقد . وثمرة الإختلاف تظهر عنـــد التساوي في المالين ، واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنـه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد « رح » أنها ثمن من وجـــه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة وبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين

ملك لا عقد) أى لا شركة عقد (وعند محمد « رح » تصح شركة العقد، وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالين . واشتراط التفاضل في الربح) عند أبي يوسف لا يستحقه زيادة الربح بل لكل واحد من الربح بقدر ملكه ، وعند محمد « رح » الربح بينهما على مـــا شرط .

(وظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنــه) أى كل من المذكور من المكيل والموزون والعددى المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وشرط جواز الشركة أي لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن وما يصلح فيكون رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه كالتعوذ .

فكذا ما لا يصلح رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه لأن قبل الخلط إنما لا يجوز شرط العقد بها لأنها متعينة ، وأول التصرف فيها بيع فيؤدى إلى ربح ما لم يضمن ، وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزاد، وتقديراً بالخلط لأن الخلط لا يتقرر إلا في معين ، والمخلوط المشترك لا يكون إلا معيناً فيقرر المعنى المقر فلا يكون مصححاً للعقد .

(ولمحمد « رح » أنها) أى ان المكيل والموزون والعددى المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بها) حال كونها (ديناً في الذمة) إذ هو من أحكام الثمن (وبيع من حيث انه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين) اى سبب العرض والثمن .

بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال ، ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق ، والفرق لمحمد « رح » أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، ومن جنسين من ذوات القيم .

فتمكن الجهالة كما في العروض ،

(بالإضافة إلى الحالين) أي حالة الخلط وحالة عدمه فأشبها بالعروض لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالأثمان تجوز بعد الخلط ، وهذا لانه باعتبار الشبهين تضعف إضافة عقد الشركة إليها فيتوقف ثبوتها على ما يقويها ، وهو الخلط يثبت شركة الملك لا محالة فناله به شركة العقد لا محالة والعكس يتضمن ربح مالم يضمن (بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال) معين ليست بها جهة الثمنية ، فلم تجز الشركة بها بعد الخلط أيضاً .

(ولو اختلفا) أي لو اختلف المالان (جنساً) أي من حيث الجنسية (كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا) على صيغة المجهول (لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق) فإذا كان كذلك يحتاج محمد « رح » إلى الفرق أشار إليه بقوله (والفرق لمحمد « رح ») إنما احتاج إلى الفرق لأنه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول بانعقادها إذا عقدا عقد الشركة بعد الخلط في جنسين ، وبيان الفرق هو قوله (أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال) حتى ان من أتلفه يضمن مثله (ومن جنسين من ذوات القيم) حتى أن من أتلفه ضمن قيمته فيمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول كل واحد منهما إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة بخلاف الجنس الواحد .

فإن كل واحد منهما يمكنه ان يصل إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة باعتبار الملك . انعقدت الشركة (فتمكن الجهالة كما في العروض) .

قال تاج الشريعة قوله من ذوات القيم لهذا يجب مبلغه القيمة ، فكان المخلوط بمنزلة العروض ،

وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء . قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة .

ذكره أبو الفضل (وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) أي إذا لم تصح شركة العقد يعني إذا عقدها بعد الخلط في جنس ، أما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين برضى صاحبيهما ، ومعنى قوله فحكم الخلط يعني ان الحنطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بغير نفسه فيقطع حق المالك إلى الضمان ، وكذا إذا خلط المودع الحل الوديعة زيت نفسه ، والحل بفتح الحاء المهملة، دهن السمسم .

وقال الاترازي « رح » قوله قد بيناه في كتاب القضاء فيه نظر ، لأن صاحب الهداية لم يذكر حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وإنما ذكروا حكم الخلط في كتاب القضاء في شرح الجامع الصغير والله أعلم بصحة ما قال ، إلا إذا قيل إنه بينه في كفاية المنتهى فله وجه إن صح ذلك .

قال الكاكي قوله في كتاب القضاء أراد القضاء في الجامع الصغير ، وقال الاكمل «رح» كذلك أي كتاب القضاء الجامع، وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال بينه ، وقال تاج الشريعة قوله في كتاب القضاء أورد المصنف « ر ح » هذه المسألة في كتاب الوديعة ... انتهى .

قلت قد رأيت أن أحداً من هؤلاء لم ينف القليل ولم يرو القليل ، قلت ان كان مراده في كتاب القضاء الذي ذكره في كفاية المنتهى على ما قيل لا يرد عليه شيء ، وإن كان مراده كتاب القضاء الجامع على ما نص عليه اكثر الشراح فيحمل على أنه بينه هناك بكتاب شيء من الحواشي وتقديره بينا في قدريته .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (فإذا أراد الشركة بالعروض باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة) هذه حيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض

توسعة على الناس ، وقوله باع كل واحد منهما إلى آخره ، صورة هذه الشركة إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن ، فيكون الربح الحاصل ربح ماله مضمون ، فيكون العقد صحيحاً .

(قال) أي المصنف « رح » (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة) وفي الكاكي هذا مشكل لأن ذلك يحصل بمجرد البيع فلا يحتاج إلى قوله ثم عقد الشركة إلا أن يقال أراد بقوله عقد الشركة أي شركة ملك وفيه بعد .

وقال الأترازي ظاهر كلام القدوري « رح » أن هذا شركة العقد لا شركة الملك لأنه قال ثم عقد الشركة . وقال صاحب النهاية وهذه شركة ملك وهذا عجيب منه وبعيد وقوله عن مثله قضاء تحقيقاً ، وملخص النص ما ذكره في المبسوط ولو كان لأحدهما عروض وللآخر دراهم فباع هذا نصف العروض بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة أو معاوضة جاز والحق العنان والمعاوضة في هذه الشركة وهما من شركة العقود ، لأنه شركة الملك وملخص التحقيق ان العروض إنما لا تصلح الرأس مال الشركة قبل البيع لأنه يقتضي ربح ما لا يضمن بخلاف ما إذا كان بعد البيع على الوجه المذكور الربح فيه يحصل من مال مضمون كما ذكرناه .

وقال الكاكي « رح » قال شيخي العلامة عدم جواز الشركة بالعروض كناية عن معنيين أحدهما ربح مال يضمن كما بينا ، والثاني حرما له رأس المال ، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض عن الآخر ثم عقد الشركة فقال القدوري « رح » وروي يجوز ، واختاره شيخي الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي لأن رأس المال صار معلوماً ، وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن ، فكان الربح الحاصل في ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز .

ثم قال الكاكي ثم المصنف « رح » اختار عدم الجواز وعدم ما ذكره القدوري « رح » وروى ما علله وقال وهو نظير ما ذكره القدوري « رح » ويستحب للمتأخر ان ينوي

وتأويله إذا كانت قيمة متاعهما على السواء ، ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة . قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشرك في عموم التجارات .

الطهارة ثم عدم المصنف بقوله فالنية والوضوء سنة ، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة ... انتهى .

قلت قد طول الشراح هنا كلامهم ، والأحسن أن يقال إن صاحب القدوري « رح » اختار ما ذكره واختار صاحب الهداية ما ذكره وليس فيه اعتراض لأحدهما على الآخر ولا لغيرهما اعتراض عليها فافهم .

(وتأويله) أي تأويل ما قاله القدوري « رح » في مختصره من بيع نصف عرض أحدهما بنصف عرض الآخر (إذا كانت قيمة متاعيهما على السواء . ولو كانت بينهما) أي بين متاعيهما (تفاوت بين صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة) مثل ان تكون قيمة عرض أحدهما أربع مائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر ، فيكون الربح الحاصل في المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب ويصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (وأما شركة العنان) وهذا عطف على قوله فأما شركة المفاوضة في أوائل الكتاب (فتنعقد على الوكالة دون الكفالة) ويجيء بيانه عن قريب (وهي) أي شركة العنان أي صورتها (أن يشترك اثنان في نوع بز) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء ، قال ابن دريد البز متاع البيت من الثياب خاصة ، وعن الليث ضرب من الثياب ومنه البز متاع جاريته إذا جوزها من الثياب .

وعن ابن الرنسباري رجل حبس البز أي الثياب ، وعن الجوهري وهو من الثياب ، وقال في السير الكبير عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز ، ويقال البزاز لبائعه والبز حرفة والبز بكسر الباء كقولهم رجل حسن البزة .

(أو طعام) أي أو اشتركا في طعام أي حنطة (أو يشترك في عموم التجارات)

ولا يذكر الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ، ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عنّ له أي أعرض ، وهذا لا ينبىء عن الكفالة ، وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ .

عطف على قوله أن يشترك (ولا يذكر الكفالة) أي في العقد (وانعقاده) أي انعقاد عقد شركة العنان (على الوكالة لتحقق مقصوده) أي لتحقق المقصود من العقد وهو التصرف في مال الغير فلا يكون ذلك إلا بالوكالة عند عدم الوكالة (كما بيناه) أي فيما مضى في أول الكتاب من قوله وشرطه ان يكون التصرف المقصود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما استفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب له .

(ولا تنعقد على الكفالة) أي لا تنعقد شركة العنان على الكفالة بأن لا يكون كل واحد منهما كفيلا عن الآخر (لأن اللفظ) أي لفظ العنان (مشتق من الأعراض) أراد بالاشتقاق من جهة المعنى لا من جهة اللفظ لأن لفظ العنان غير مشتق يحب الاصطلاح من الأعراض بل من حيث المعنى .

ولهذا قال (يقال عنّ له أي أعرض) يقال كذا أي عرض قال امرؤ القيس فعن لنا سرب كأن نعاجه ... معناه ظهر لنا قطيع من بقر الوحش . وقال ابن المكسر كأنه عن لهما شيء فاشتركا فيه ، وقال بعض أهل اللغة هذا شيء أخذ به أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب ، وليس كذلك بما ذكرنا من شعر امرىء القيس .

وقيل هذا مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه النسائي والأصمعي إذ كل منهما جعلا عنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه ، أو لأنه يجوز أن مقارناً في المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والادخار ، كذا في المبسوط والإيضاح .

(وهذا) أي معنى العنان (لا ينبىء عن الكفالة) أي لا يفهم منه معنى الكفالة فلا ينعقد عليها (وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ) أي حكم التصرف في اللفظ لا يثبت بخلاف ما يقتضيه ذلك اللفظ ، فلفظ العنان لا يدل على معنى الكفالة فلا

ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه ، وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح . وقال زفر « رح » والشافعي « رح » لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل لهذا يشترطان الخلط ، فصار ربح المال بمنزلة

يتضمنها (ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه) لأنه لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل وهو معنى قوله (وليس من قضية اللفظ المساواة) أي ليس من مقتضى لفظ العنان المساواة مثل المفاوضة .

(ويصح أن يتساويا) أي الشريكان شركة العنان (في المال ويتفاضلا في الربح) وبه قال أحمد (وقال زفر والشافعي لا يجوز) وبه قال مالك ، وفي فتاوى قاضي خان لو شرط المساواة في الربح أو شرطا لأحدهما فضل ربح أي شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعاً أو عمل أحدهما وإن شرطا العمل على أقليهما ربحاً لا يجوز في الذخيرة ، والأصل أن في هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير ،وإذا شرطا في هذه الشركة العمل وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في المال جاز عند علمائنا الثلاثة .

(لأن التفاضل فيه) أي في الربح (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وهو لا يجوز (فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً) أي وكان الربح أثلاثاً (فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال) ولهذا يصح الشرط منعه على هذا الوجه (لأن عقد الشركة عندهما) أي عند زفر والشافعي (في الربح للشركة في الأصل فيشترطان الخلط) في المالين حتى لو لم يختلطا رأس مالهما لا تثبت الشركة عندهما (فصار ربح المال بمنزلة

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله عليه السلام الربح ما على شرطا والوضيعة على قدر المالين ، ولم يفصـــل ، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة . وقد يكون أحدهما أحـــذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجـة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميـــع الربـح لأحدهما لأنه يخرج

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ، ولنـــا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) هذا غريب جداً وليس له أصل ،ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول علي رضي الله عنه . وعن هذا قال الاترازى .

ولنـــا ما روى أصحابنـــا في كتبهم عن علي رضي الله عنه أنـــه قال الربح على ما اشترط العاقدان والوضيعة على قدر المال ، وكذا قال أكثر الشراح (ولم يفصل) يعني بين التساوي والتفاضل ،وفي بعض النسخ من غير فصل (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة) أي كما يستحق بالعمل في المضاربة ،فإن قيل في المضاربة لو شرطا العمل على رب المال تفسد العقود وهاهنا لا يفسد ، فكيف جواز إلحاقه بالمضاربة قلنا المضاربة أمانة ، وتمام الأمانة تقف على التخلية فإذا شرط على رب المال لم توجـــد التخلية ، أما ها هنا فكل واحد كالأجير في مال الآخر فشرطه على رب المال لا يبطل العقد ، فإن من استأجر أجيراً لنفسه على العمل جاز ... كذا في الإيضاح .

(وقد يكون أحدهما) أي أحد شريكي العنان (أحذق) بالحـــاء المهملة والذال المعجمة أي أنفس في أسماء الماليـــة (وأهدى) إلى طريق الصواب في تصرفاته (وأكثر عملا وأقوى) في عمله من صاحبه (فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجـــة إلى التفاضل) فيجوز كذلك (بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما) هذا جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز ، فكذا إذا شرط الفضل ، والجامع القول بالربح عن العيط على قدر المال ، وتقدير الجواب هو قوله (لأنه) أي لأن اشتراط الربـح أحدهما (يخرج

العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة .

العقد به) أي باشتراط الربح لأحدهما (من الشركة) لأن الشركة هي أن يكون الربح مشتركاً .

(ومن المضاربة أيضاً) أي ويخرج باشتراط جميع الربح لأحدهما من عقد المضاربة أيضاً (إلى قرض) يتعلق بقوله يخرج العقد به أراد أن اشتراط الربح أحدهما إن كان للعامل فيكون قرضاً ، وهو معنى قوله إلى قرض (باشتراطه) أي باشتراط الربح (للعامل أو إلى بضاعة) اي او يخرج العقد باشتراط الربح لأحدهما إلى بضاعة يعني يصير بضاعة إن كان هو رب المال ، وهو معني قوله إلى بضاعة (لاشتراطه لرب المال) ويخرج عن كونه شرطة لأنه إما أن يكون قرضاً وإما أن يكون بضاعة .

(وهذا العقد يشبه المضاربة) هذا جواب لقول زفر والشافعي « رح » أن التفاضل في الربح مع التساوي في المال يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه أن هذا العقد أي شركة العنان تشبه المضاربة (من حيث أنه يعمل في مال الشريك) لأن يعمل واحد منهما يعمل في مال صاحب كالمضاربة يعمل في مال رب المال .

(ويشبه الشركة) اي شركة المفاوضة (اسما) اي من حيث الاسم ، لأن كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة (وعملا) اي من حيث العمل (فإنهما يعملان) لأن شريك العنان يعمل في نصيب صاحبه كالمفاوضة فصار لها شبهان شبهة بالمضاربة وشبهة بالشركة المفاوضة (فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة) اي عملها يشبه شركة المفاوضة .

حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما . قال ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليس يشترط فيه إذ اللفظ يقتضيه ، ولا يصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح للوجه الذي ذكرناه ، ويجوز أن يشتركا من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم . وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود . وقال زفر والشافعي « رح » لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ، ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس ،

(حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما) اي على الشريكين (قال) اي القدوري في مختصره (ويجوز أن يعقدها) اي أن يعقد شركة العنان (كل واحد منهما) اي من الشريكين (ببعض ماله دون البعض) بأن يكون مال آخر مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشتركا فيه (لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه) اي في العنان (إذ اللفظ) اي لفظ العنان (لا يقتضيه) اى لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة .

(ولا يصح) اى شركة العنان (إلا بما بينا) عند قوله ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ، ولا تصح بالعروض (أن المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدى إلى ربح ما لم يضمن (ويجوز أن يشتركا ، ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم) لفظ القدورى .

وقال المصنف (وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر دراهم سود) وفي الاسرار وكذا الصحاح والكبيرة (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء) اى هذا الخلاف مبني (على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما) اى عند زفر والشافعي « رح » الخلط (شرط ولا يتحقق ذلك) اى الخلط (في مختلفي الجنس) لأن الدراهم

وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل في الحقوق . قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه ، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر ،وهو منكر. والقول للمنكر مع يمينه . قال وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين

والدنانير مالان لا يختلطان (وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى) اى سنبين أشياء الخلط في جواز الشركة عند زفر والشافعي « رح » وعدم اشتراطه عندنا عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال .

(قال) اى القدورى (وما اشتراه كل واحد منهما) اى من الشريكين العنان (للشركة) اى لاجل الشركة (طولب) اى الذى اشتراه (بثمنه) اى بثمن الذى اشتراه (دون الآخر) أي الشريك الآخر ، اى لا يطالب به (لما بينا) فيما مضى (أنه) اى أن العنان (يتضمن الوكاله دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق) يعني هو الطالب فيها .

(قال) اى القدورى (ثم يرجع) اى الذى اشتراه (على شريكه بحصته منه) اى من الثمن (معناه) اى معنى كلام القدورى (إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته) اى في حصة صاحبه (فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه) اى على شريكه (فإن كان ذلك لا يعرف إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة إلا بقوله (فعليه الحجة) اى فعليه إقامة البينة ، (لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو منكر) اى والاخر منكر (والقول للمنكر مع يمينه) بالنص .

(قال) اى القدورى في مختصره (وإذا هلك مال الشركة او أحد المالين) اى أو

قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة، لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين، وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف،

هلك أحد المالين (قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال) اى المعقود عليه هو المال فإذا فات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع (فإنه) اى فإن المال (يتعين فيه) اى في عقد الشركة ، وإن كان لا يتعين في سائر المعاوضات عندنا خلافاً لزفر والشافعي « رح » (كما يتعين) اى المال (في الهبة والوصية) والوديعة أيضاً .

(وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع) اى كما يبطل في البيع لان الركن فيه هو المال (بخلاف المضاربة والوكالة المفردة) احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن لان المعقود يتعين فيهما (لانه) اى لان الثمنان (لا يتعين الثمنان) أراد بها الدراهم والدنانير (فيهما) اى المضاربة والوكالة المفردة (بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف) في موضعه ، والوكالة المفردة ، فمن وكل رجلاً بشراء عبد دفع إليه دراهم فهلك فإنها لا تبطل .

وقال الاترازى « رح » فيه نظر لان المعقود يتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت نص عليه ، وفي الزيادات بخلاف الوكالة فإن النقود فيها لا تتعين قبل التسليم ، أما بعد التسليم ففي نفسها اختلاف المشايخ فقال بعضهم تتعين فيها النقود ، وقال بعضهم لا تتعين ، وقال شيخي العلاء الذى ذكره في الزيادات من اشتراط قبض رأس المال في المضاربة محمول على عقد المضاربة بالتعاطي وهو أن يقول رب المال للمضارب خذ هذا المال مضاربة بالنصف فإن المضاربة رب لو لم تعرف تبطل المضاربة ، وهذا يرد نظر الاترازى .

وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان ، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته أيهما هلك من مال صاحبه إن هلك في يده فظاهر وكذا إذا كان هلك في يد الآخر ، لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة ، لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين ، وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطا ، لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ، فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد

(وهذا ظاهر) اى بطلان الشركة ظاهر (فيما إذا هلك المالان) لفوات المعقود عليه (وكذا إذا هلك أحدهما) اى أحد المالين (لانه) اى لان الشريك الذى لم يهلك ماله (ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه فى ماله ، فاذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته) اى فائدة العقد (وأيهما) اى المالين (هلك من مال صاحبه إن هلك فى يده فظاهر) وإن هلك في يد صاحبه فكذلك، وهو معنى قوله (وكذا إذا كان) اى الهلاك (هلك في يد الاخر لانه أمانة فى يده) ولا ضمان على الامين (بخلاف ما بعد الخلط) اى بخلاف ما إذا كان هلاك المال ما بعد الخلط (حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاكة من المالين) .

وفي بعض النسخ فيجعل الهلاك من المالين اى يجعل الهلاك هلاكاً من المالين (وإن اشترى أحدهما) اى أحد الشريكين (بماله وهلك مال الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلايتغير الحكم) اى حكم الملك (بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد

« رح » خلافاً للحسن بن زيادة حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري ، فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها . قال ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة ، فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة ، فكان مشتركاً بحكم الوكالة وتكون شركة ملك

« رح » خلافاً للحسن بن زياد « رح ») فان عنده شركة ملك وفائدة هذا الخلاف تظهر في قوله (حتى أن أيهما باع جاز بيعه) عند محمد « رح » ، ولا يجوز عند الحسن أن يتصرف في نصيب الاخر لانه شركة ملك ، وعند محمد « رح » شركة عقد (لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها) فجاز تصرف كل منهما فى نصيب الاخر .

(قال) اى القدوري (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) اى بحصة الشريك ثمن المشترى ، وذلك (لانه اشترى نصفه) وهو حصة الشريك (بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه) والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل ، فكذا هنا (وقد بيناه) اى عند قوله إذا أدى من مال نفسه (هذا) اى هذا الذى قلنا فيها .

(إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك المال الاخر) بالرفع صفة للمال ، وفى بعض النسخ فى مال الاخر اى الشريك الاخر (أما إذا هلك مال أحدهما) اى أحد المالين (ثم اشترى الاخر بمال الاخران صرحا بالوكالة فى عقد الشركة ، فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا ، لان الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركاً بحكم الوكالة) المقصودة لا بحكم عقد الشركة (وتكون شركة ملك) لا فلوس يجوز

ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه ، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة حتى إذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة . قال وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال ، وقال زفر والشافعي « رح » ، لا تجوز لان الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الاصل وإنه بالخلط ، وهذا

لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ، لأن الملك هل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشتري بدون إذن الوكيل فكذا هذا .

(ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته (وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها) أي في الشركة (كان المشترى للذي اشتراه خاصة ، لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالةالتي تضمنتها الشركة ، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها) أي فإذا بطلت الشركة بطلت الوكالة البائعة في عقد الشركة أيضاً (بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة) أي لأن الوكالة مقصودة ، فيكون المشترى بينهما بحكم الوكالة المقصودة .

(قال) أي القدوري « رح » (وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال) وبه قال أحمد ومالك « رح » إلا أن مالكاً شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعل في حانوت لهما أو في يد وكيل لها (وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل) الذي هو المال (وإنه) أي وأن الشركة على تأويل الاشتراك إنما يكون (بالخلط) لأن الشركة عبارة عن الاختلاط .

(وهذا) إشارة إلى قوله لأن الربح على المال يعني وإنما قلنا إن الربح فرع المال

لان المحل هو المال ، ولهذا يضاف إليه ويشترط تعين رأس المـــال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وإنمــــا هو يعمل لرب المال فيستحق الربـح على عمالة عمله ، أما هنـا بخلافه ، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمـــال لانعدام المال . ولنـــا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لان العقـــد يسمى شركة ، فلا بد من تحقق معنى هـذا الإسم فيه

(لأن المحل) أي محل للشركة (هو المال ، ولهذا يضاف إليه) يقال عقد شركة المـال (ويشترط تعيين رأس المال) فتكون الشركة في الثمرة مسندة إلى المـــال (بخلاف المضاربة) فإنها تصح بدون الخلط (لأنها ليست بشركة وإنما هو) أي المضارب (يعمل لرب المال فيستحق الربح على عمالة عمله ، أما هنا بخلافه) بالإضافة قال الاترازي « رح » نصب بنزع الخافض أي من عمالة عمله وهي أجرة العمل ، وفي نسخة شيخي العلاء عمالة على عمله ، وفسر العمالة بالجهالة ، وكون العمالة منصوباً بنزع الخافض ، وليس له وجه على ما لا يخفي لا وجه أن يكون منصوباً على التعليل أي لأجل عمالة على عمله .

(وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال (لهما) أي لزفر والشافعي « رح » ، ثم أوضح كون هذا أصلا كثيراً عندهما « رح » بقوله (حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهما ذلك ، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ، والآخر دنانير فإنـه تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي « رح » (ويشترط الخلط) عندهما (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) هـذا أيضاً على أصلهما (ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال) هذا أيضاً على أصلهما (ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال) وكل ما هو مسند إليه هو الأصل .

(لأن العقد يسمى شركة) لا المال (فلا بد من تحقق معنى هذا الإسم فيه) أي اسم

فلم يكن الخلط شرطاً ، ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان، فلا يستفاد الربح برأس المال ، وإنما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل ، وإذا تحققت الشركـــة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه ، وصـــار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس

الشركة في العقد إذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح (فلم يكن الخلط شرطاً) لأن الشركة حصلت في الأصل وهو العقد بلا خلط ، وحصلت في الفرع وهو الربح الذي استعيد من العقد فلم يكن اتحـــاد الجنس شرطاً ولا الخلط ولا التساوي في الربح على ما يجيء .

(ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان) هذا دليل ثان هو كالشرح للدليل الأول ،ومعنى لا يتعينان في الشراء لا في الشركة ، أي لا يتعينـــان في حق الاستحقاق إذا وجد الشراء بها ، فإذا لم يتعينا (فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد في التصرف لأنه) أي لأن كل واحـــد من الشريكين (في النصف أصيل ، وفي النصف وكيل) لأن موجب العقد الوكالة فكان كل واحد منهما موكلا للآخر في نصيبه فيصرف كل واحد منهما في مـــال الشركة في بعضه بطريق الأصالة ، وفي بعضه بطريق الوكالة ، وهذه الوكالة إنما تثبت في ضمن عقد الشركة فلذلك يضاف الربح الحال إلى العقد ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة فكان الربح مستنداً إلى العقد بهذا الطريق لا إلى المال كما قالا .

(وإذا تحققت المشاركة [1] في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد بـــه) أي بالتصرف (وهو الربح بدونه) أي المستفاد وهو الربح بدون الخلط (وصار كالمضاربة) أي صار عقد الشركة كالمضاربة يعني أن الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال فكذلك في عقد الشركة فلم ينزل من الإشتراك في الربح الاشتراك في اصل المال (فلا يشترط اتحاد الجنس) يعني إذا كان عقد الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المـــال

---

(١) كذا الأصل ، ومن الهامش ـ نسخة الشركة .

والتساوي في الربح ، وتصح شركة التقبـــل . قال ولا تجوز الشركة إذا شرط لاحدهمـا دراهم مسماة من الربح لانـــه شرط يوجب انقطـــاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة ، قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ، ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه

(والتساوي) ولا يشترط التساوي يعني ان الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال ، فكذلك في عقد الشركة فلم يزل من الاشتراك في الربح الاشتراك في أصل المال فلا يشترط اتحاد الجنس يعني إذا كان عند الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المـــال والتساوي أو لا يشترط التساوي (في الربح وتصح شركة التقبل) وإن لم يوجد المال .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما) أي لأحـــد الشريكين (دراهم مسماة في الربح لأنـــه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه) أي لعله (لا يخرج إلا قـــدر المسمى لأحدهما) فيكون الربح لأحدهما خاصة وهو خلاف تقضي الشركة لأن مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحـــد منهما (ونظيره في المزارعة) أي نظير ما قالا من عـــدم جواز الشركة ثابت في المزارعة ، وهو ما إذا شرطا لأحدهما قفزأنا مسماه فهي باطلة لانقطاع الشركة في الخارج إذ من شرط المزارعة أن يكون الخارج مشتركاً بينهما لأنها تنعقد شركة في الانتهاء .

(قال) أي القدوري « رح » (ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال) من الإبضاع يقال أبضعته إذا رفعت له مالاً يعمل فيـــه (لأنه) أي لأن الإبضاع (معتاد في عقـــد الشركة ،ولأن له أن يستأجر على العمل) أي مستأجر أجيراً على عمل يحصل منه الربح (والتحصيل بغير عوض دونه) أي دون الاستئجار .

فيملكه وكذا له أن يودعه لانه معتاد ، ولا يجد التاجر منه بدأ . قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة « رض » أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة ، والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح ، كما إذا استأجر بأجرة بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة

(فيملكه) أي فيملك التحصيل بغير عوض وهو الابضاء وفيـــه تحصيل الربح بلا أجر فكان الاستئجار على من ملك الأعلى إلا وفى (وكذا له) أي لأحـد الشريكين (أن يودعه) أي يودع مال الشركة (لأنه) أي لأن الإيداع (معتاد) بين التجار (ولا يجد التاجر منه) أي من الإيداع (بداً) أى انقطاعاً منه (قـــال) أى القدورى « رح » ويدفعه مضاربة) قال الاتوازى « رح » ويدفعه بالنصب عطفاً على قوله أن يضع (لأنها) أى لان المضاربة (دون الشركة) ألا ترى ان المضارب ليس عليه شيء من الرضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح ، وهذا ظاهر الرواية .

(فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة « رح »)أي روى الحسن عنه (أنه ليس له ذلك) أى ليس له أن يدفع المال مضاربة (لانه نوع شركة) وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة ، فكذا لا يدفعه مضاربة (والاول أصح) أي جواز الدفع مضاربـة أصح (وهو رواية الاصل) أى المبسوط (لان الشركة غير مقصودة) في المضاربة (وإنما المقصود تحصيل الربح) وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين .

(كما إذا استأجر) أحد الشريكين أجيراً (بأجرة) ليعمل فإنه يجوز قولاً واحـداً لانه إذا عمد ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء (بل أولى) جواب إذا (لانه) أى لان عقد المضاربة (تحصيل) أى للربح(بدون ضمان في ذمته) أى في ذمه رب المال فكان أولى بالجواز ، وعند الشافعي « رح » لا يجوز للشريك التصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه ، وفي قوله إلا بتصريح في المهد العقد وفي الاظهر يجوز كقولنا (بخلاف الشركة

حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله . قال ويوكـــل من يتصرف فيـــه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله .

حيث لا يملكها) الشريك (لان الشيء لا يستتبع [1] مثله) إذ يلزم المحال منـــه وهو أن يكون مثل الشيء دونه فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإن له أن يكاتب عنده ، وبالعبد المأذون ، فإن له أن يأذن عبده ، وباقتداء المفترض بالمفترض ، وباقتداء المتنفل بالمتنفل ، مع أن كل واحد منهما مثل الآخر والإمام يستتبع قومه في حق جواز الصلاة وفسادها ولان المثل يرفع المثل كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان . الجواب في المكاتب والمأذون أنهما أطلقا في الكتب وأسبابه ، وليس هذا من قبيل الاستيفاء بل من إثبات الكسب المطلقة لهما .

وأما اقتداء المفترض بمثله فيجوز بالإجماع لقوله عليه السلام الإمـــام ضامن ، ولان صلاة المقتدى مبنية على صلاة الإمام جوازاً وقضاء بالحديث ، لان يكون صلاة تتبعـــه صلاة المقتدى ، وأما الناسخ فهو رافع صورة يتمين معنى ، فلم يكن رافعـــاً في الحقيقة ، فلا يرد نقضاً .

(قال) أي القدوري « رح » (ويوكل من يتصرف فيه) بنصب يوكل عطفاً على قوله إن يضع أي يوكل الشريك من يتصرف في مـــال الشركة (لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة ، والشركة انعقدت للتجارة) للربح ، وكل واحـــد من الشريكين ربما لا يبيعها لـــه المباشرة تبعاً لها (بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك) بنفسه ، فلا بد من التوكيل ثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعاً لها بدلالة الحال ، فصار كل منهما كأنه أمر صاحبـــه أن توكل بخلاف الوكيـــل بالشراء حيث لا يملك . (أن يوكل غيره لأنـــه) أي التوكيل بالشراء (عقد خاص طلب منه تحصيل العـــين) أي لتحصيل شيء معين معلوم جنسه وصفته (فلا يستتبع (٢) مثله) لما ذكرنا أنـــه يلزم

---

(١) في الاصل لا تستبع ، وإنما صححت بناء على تصحيح ورد في الهامش .

(٢) في الاصل « فلا يستبع » وإنما صححت هكذا بناء على تصحيح ورد في الهامش .

قال ويده في المال يـــد أمانة لأنه قبض المـال بإذن المالك ، لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة . قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبـــل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن تقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا ، وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأن هذه شركة لا يفيـد مقصودهما وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المـال ، وهـذا لأن الشركة في الربـــح تبتني على

فيه الحال (قال) أي القدوري « رح » (ويده) أي يد كل واحد من المفاوضين وشريكي العنان (في المال يد أمانه) حتى إذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان (لانه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل) أي على وجه إعطاء البدل ، واحترز به عن المقبوض على سوم الشراء ، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن .

(والوثيقة) أي على وجه الوثيقة ، واحترز به عن الرهن فإن الرهن مقبوض لاجل الوثيقة ، لان الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين (فكان [1] كالوديعة) في عـــدم وجوب الضمان (قال) أي القدوري « رح » (وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهمـــا ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا) أي جواز هذه الشركة عند أصحابنا .

(وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودهما) أي مقصود الشريكين ، وفي بعض النسخ مقصودها أي الشركة أضاف المقصود إلى الشركة ، وإن كان المقصود للشريكين بأدنى بلا نسبة هو ملبس الشريكين فمقد الشركة (وهو التثمير) أي المقصود من التثمير وهو حصول الربح (لأنه لا بد من رأس المال) للتثمير (وهذا) أي قول الشافعي وزفر « رح » لا بد من رأس المـــال (لأن الشركة في الربح تبتني على

---

(١) فصار – هامش .

الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه . ولنــــا أن المقصود منه التحصيل ، وهو يمكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلاً في النصـف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر « رح » فيهما ، لأن المعنـــى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت .

الشركة في المال على أصلهما) أي على أصل زفر والشافعي « رح » (على ما قررناه) أي عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال (ولنا أن المقصود منه) أي من عقد الشركة. (التحصيل) أي تحصيل الربح (وهو) أي تحصيل الربح (يمكن بالتوكيل)أي بتوكيل كل واحد من الشريكين صاحب مقبول العمل (لأنه) أي لأن كل واحد منهما (لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد) بعقد الشركة حينئذ ، ثم إذا عمل فكل واحد مستحق فائدة عمله ، وهو كسبه ، وإذا عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بالقتل فوقع عمله فكأن الشريك استعان بأجنبي حتى عمل ، وهذا جائز لأن المشروط مطلق العمل لا عمل الصلح بنفسه ، فإن القصار إذا استعان بغيره أو استأجر غيره حتى عملا يستحق القصار الأجر .

(ولا يشترط فيه) أي في عقد شركة الصلح (اتحـاد العمل والمكان) حتى إذا كان أحدهما قصاراً والآخر خياطاً أو قعداني دكانين جاز عندنا (خلافـاً لمالك وزفر « رح » فيهما) لأنه إذا كان العمل مختلفاً ففي كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله ، لأن ذلك ليس من صيغه فلا يحصل المقصود من الشركة .

ولنا ما قاله المصنف بقوله (لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه) أشار إلى قوله ولنـــا أن المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل (لا يتفاوت) خبر إن ، أي لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما فإن قيل قد تقدم أن من الفروع المرتبـــة على أصل زفر والشافعي « رح » في مسألة الخلط أن شركة المستقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر « رح » مع مالك « رح » في جوازها إذا كانت الأعمال منفعة ، أجيب بأن

ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز ، وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل ، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن ، فلم يجز العقد لتأديته إليه ، وصار كشركة الوجوه ، لكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحاً ، لأن الربح عند اتحاد الجنس ، وقد اختلف لأن رأس المال عمل ، والربح مال فكان بدل العمل

زفر « رح » له في هذه المسألة أعني الخلط قولان ، فذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي لا يشترط فيها ، ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره مناقضاً .

(ولو شرط العمل نصفين) أي شرط الشريكان في شركة الفصل أن يكون العمل نصفين (والمال) أي الربح الحاصل (أثلاثاً جاز) استحساناً (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر « رح » (لأن الضمان بقدر العمل) أي الضمان في كل واحد منهما بقدر عمله ، وعمله في النصف (فالزيادة عليه) أي على عمله في النصف (ربح ما لم يضمن) لأنه يؤجل الزمان فيما زاد على النصف فيكون شرط فصل الربح ربح ما لم يضمن ، وهو حرام لنهي النبي ﷺ عن ذلك (فلم يجز العقد لتأديته) أي لتأدية هذا العقد (إليه) أي إلى ربح ما لم يضمن (وصار كشركة الوجوه) في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز إلا إذا كان المشتري بينهما على السواء ، وأما إذا شرطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضاً .

(ولكنا نقول) بيان وجه الاستحسان (ما يأخذه) أي ما يأخذه كل من الشريكين (لا يأخذه ربحاً) أي حال كونه ربحاً (لأن الربح عند اتحاد الجنس) أي لأن الربح لا يكون إلا عند اتحاد الجنس ، ولهذا قالوا استأجر داراً بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس ، والجنس فيما نحن فيه لم يتحد .

(وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال ، فكان) أي ما يأخذه (بدل العمل

والعمل يتقوم بالتقويم ، فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق ، وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة .

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ، حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه ، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان ،

والعمل يتقوم بالتقويم) فإذا ضيقا بقدر معنى كان ذلك مهماً تقويماً للعمل (فيقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم) لأنه لم يتأد إلا ربح ما لم يضمن (بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق) وهو الثمن الواجب في ذمتها دراهم كانت أو دنانير .

(والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز) تقدير هذا الكلام لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وربح ما لم يضمن لا يجوز (إلا في المضاربة) أي جاز فيها لوقوعه بمعاملة العمل في جانب المضارب المال في جانب رب المال ، وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجوداً فلزم ما لم يضمن فلا يجوز .

(قال) أي القدوري « رح » (وما يتقبله كل واحد منهما) أي من شريك التقبل (من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن كل واحد من الشريكين يطالب بالعمل ويطالب بالأجر) أي يطالب الأول بفتح اللام (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) أي يبرأ الدافع الأجر إلى كل واحد من الشريكين .

وقال الكاكي يجوز أن يراد بالدافع دافع الأجرة إليه ، أي كل واحد منهما ، وهو الظاهر ، ويجوز أن يراد بالدافع كل منهما إليه ، أي إلى صاحب الثوب يعني لو أخذ الثوب أحدهما للصبغ ، ثم دفعه إلى صاحبه غير الذي أخذه يبرأ الآخذ من الضمان (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان ، والقياس خلاف ذلك، لأن الشركة وقعت مطلقة)

والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة تقتضي المفاوضة. وجه الإستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل. قال وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما

عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حق ثبت، وإن لم تذكر الكفالة بمقتضى المعاوضة بدون التصريح.

(والكفالة تقتضي المفاوضة) فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكر (وجه الاستحسان ، أن هذه الشركة مقتضية للضمان ، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا) أي لكون العمل مضموناً (مستوجب الأجر) أي مستحق الأجر (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه) أي يقبل صاحبه عليه لو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الاجر ، لان الغرم بالغنم ، فإذا كان كذلك (فجرى) أي هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) وإنما يقال بجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين ، لانه فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراه ، حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان وصابون أو أجر أجير بيتاً لمرة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة ، لان التنصيص على مفاوضته لم يوجد، وبقاء الإقرار يوجب المفاوضة.

(قال) أي القدوري « رح » (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما) يعني بوجاهتهما ، وأمانتهما عند الناس فيبيع الناس فيهما السلعة بالنسبة لامانتهما ، وقال بعضهم إنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل فجلس كل واحد منهما ينظر إلى صاحبه.

وبيعا ، فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهـــة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال ، وإذا أطلقت تكون عناناً لأن مطلقه ينصرف إليـــه وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي « رح » والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركتنا تقبل . قال وكل واحد منهما وكيـل

(ويبيعا) عطف على قوله أن يشتريا (فتصح الشركة على هذا) أي على كونهمـــا مشتريين وجوها (سميت به) أي شركة الوجوه على تأويل العقد (لانه لايشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس) الوجه والجاه بمعنى واحد ، يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه عند الناس . قال الله تعالى ﴿ وكان عند الله وجيهاً ﴾ ٦٩ الاحزاب (وإنما) أى شركـــة الوجوه (تصـــح مفاوضة) إذا كان الرجلان من أهل الكفالة (لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال) أى الثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ، ويكون المشترى بينهما نصفين ، ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو مـــا قام مقـــامه .

(وإذاأطلقت) أى شركة الوجوه بحيث لم يذكر في الكفالة » ، إذ الوكالة (تكون عناناً ، لان مطلقه) أى لان مطلق عقد الشركة الضائع (ينصرف إليه) أى إلىالعنان، لكون المعتاد بين الناس (وهي) أى شركة الضائع (جائزة عندنا) وبه قال أحمد«رح» (خلافاً للشافعي « رح ») وبقوله قـــال مالك « رح » (والوجه من الجانبين) أى من جانبنا وجانب الشافعي « رح » (ما بيناه في قوله المستقبل) وهو أن الربح عنده فرع المال ، فإذا لم يعد المال لا تنعقد الشركة ، وقلنـــا إن الشركة في الربح مسندة إلى العقد شركة إلى آخره .

(قـــال) أى القدورى « رح » (وكل واحد منهما) أى من الشريكين (وكيل

الآخر فيما يشتريه لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الوكالة، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان. فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها،

الآخر فيما يشتريه، لان التصرف على الغير لا يجوز إلا بالوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الاول) أى الوكالة (فإن شرطا) أى الشريكان (أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك) يكون بينهما نصفين (يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أى في الربح فإن شرط لاحدهما الفضل يبطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما.

(وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك) أى يكون أثلاثاً يجعل لما ذكرنا، وهو إشارة إلى المساواة في اشتراط الربح (وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان) أشار بهذا إلى أن الاستحقاق يكون بأحد الأمور الثلاثة ثم أوضحها بقوله (فرب المال يستحقه) إلى الربح (بالمال والمضارب[1]) أي يستحق المضاربة الربح (بالعمل والاستاذ الذي) يحبس الرجل على دكانه وهو تلميذه الذي يعمل له بالأجر، وبعد ذلك (يلقي العمل) من الإلقاء (على تلميذه[2]) الذي أجلسه على وكأنه (بالنصف) يعني نصف الربح (بالضمان) يعني يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك العمل فكأن العمل مضموناً على الاستاذ والقيد بالنصف اتفاقي فإنه يجوز أن يبلغ بأقل من النصف.

(فلا يستحق بما سواها) أي فلا يستحق الربح بما سوى الثلاثة المذكورة، يعني

---

(١) والمضارب يستحقه. هامش.

(٢) على التلميذ. هامش.

ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني ، واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا، والضمان على قدر الملك في المشترى ، وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة . والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناه من حيث أن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه ، فيلحق بها والله أعلم ..

الاستحقاق لا يكون إلا بواحد من الوجوه الثلاثة المذكورة دون غيرها ، فإن قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة بزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الأمور العامة والخاصة ، والعمل بالتجارة. أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما تجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ها هنا . (ألا ترى) توضيح لقوله فلا يستحق بما سواها (أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني) الثانية المذكورة (واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان) هذا عود إلى البحث لإتمام المطلوب ، يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (على ما بينا) إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله إن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز العقد لتأديته إليه وصار شركة وجوه ، وقيل هذا إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق ... إلى آخره، والضمان على قدر الملك يقرر هذا أن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان .

(والضمان على قدر الملك في المشترى فكان [1] الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة) فإنه يصح منها لما ذكرنا من وجوه مقابلة بالمال والعمل والوجوه أي شركة (والوجوه ليست في معناها) لأن المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين . وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال (بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث أن كل واحد منهما) من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب (يعمل في مال صاحبه) رب المال (فيلحق بها والله أعلم) أي بالمضاربة.

---

(١) وكان – هامش .

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره ، فلا يصلح نائباً عنه

(فصل في الشركة الفاسدة)

أي هـذا فصل في بيان أحكام الشركة الفاسدة ، وأخر الشركة الفاسـدة لانحطاطها شرعـاً (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا) كله لفظ القدوري « رح » وزاد المصنف عليه بقوله على هذا الحكم (الاشتراك) الأخذ (في أخذ كل شيء مباح) كاحتباء الثمار من الجبال والبراري كالفستق والجوز واللوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن ، ونقل الطين من موضعه لا يملكانه أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك وبه قال الشافعي « رح » ، وعند مالك وأحمد « رح » يجوز لأن هذه شركة الابدان فيجوز كما في الصباغين ، وكذلك إن اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك أو يطبخا آجراً فإن كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكاً واشترطا ذلك وطبخا به ويبيعا جاز وهو شركة الوجوه (لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح) هذان دليلان على المطلوب تقرير الأول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بموكل به ، وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادق غير محل ولايته ، وتقرير الثاني التوكل بأخذ المباح باطل . أشار إليه بقوله (والوكيل يملكه بدون أمره) أي بدون أمر الموكل ومن ملك شيئاً بدون أمر الموكل .

(فلا يصلح) أن يكون (نائباً عنه) أي عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف

وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ ، وإحراز المباح ، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف « رح » لا يجاوز به

فيما هو ثابت للموكل ، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت ، فإن قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه أنه يجوز مع أن التوكيل يملك الشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ، فعلم أنه لا يشترط بصحة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل. أجيب بأنه لا يشكل لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب ، لأن التوكيل في الاحتطاب في الحطب المعين وغيره سواء في عدم صحة التوكيل في أمر مباح لهما .

وقال الاكمل وجوابه أن معناه يملك بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النفس ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء (وإنما يثبت الملك) وبما ذكر أن الشركة لا تصح في الأشياء المذكورة شرع في بيان أن ملك هذه الأشياء بماذا يثبت فقال إنما يثبته (لهما بالأخذ وإحراز المباح) أراد أن سبب تلك المباحات أخذها وحيازتها ، فكل من قاربه بالسبب فإن بها (فإن أخذاه معاً) أي فإن أخذ الأشياء المباح مجتمعين (فهو) أي المأخوذ (بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الإستحقاق) وهو الاخذ والحيازة .

(وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب فيه أي في الآخذ وهو الاخذ (وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ) لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فلزمه أجر مثله على الكمال (عند محمد « رح » وعند أبي يوسف « رح » لا يجاوز به

نصف ثمن ذلك وقـــد عرف في موضعه ، قال وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لا تصـح الشركة ، والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثـــل الراوية ، وإن كان العامل صاحب البغل ، وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل . أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، وأمـا وجوب الأجر فلان المباح إذا صار ملكاً للحرز وهو المستقي فقد استوفى

نصف ثمن ذلك) فقوله لا يجوز على بناء المفعول ، ونصف ثمن ذلك بالرفع لانه قائم مقام الفاعل .

(وقد عرف في موضعه) أي في باب الإجارة الفاسدة وقال الاترازي أي في كتاب الشركة من المبسوط (وقـــال) أي القدوري « رح » (وإذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها المـــاء والكسب بينهما لا تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية وإن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراويـــة فعليه أجر مثل البغل) أي هذا كلام القدورى « رح » .

فقال المصنف (أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء) وقد مر أن الشركة في المباحات باطلة كالاصطياد ، فإذا فسدت الشركة كان الكسب للمنفي خاصة كما في الشركة في الاصطياد فيكون الصيد لمن أخذ وأحمل معنى فيه وهو الأظهر من قول الشافعي « رح » وعلى قيـــاس قول أحمد ومالك « رح » ينبغي أن تجوز ذكره في المغني لابن قدامة ، وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » فيه لأن في قول يصح والثاني أن الكسب للمستقي ، وقال بعض أصحابه إن كان الماء مملوكا للبيهقي فالكسب له وعليه أجر مـا حمل عليه ، وإن كان مباحاً فالكسب على الشركة .

(وأمـــا جواب الأجر) أي أجر مثل البغل أو الراوية لصاحب البغل ولصاحب الراوية (فلأن المباح إذا صار ملكاً للحرز) بكسر الراء وهو (وهو المستقي فقداستوفى

في منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره

وكـــل شركة فاسدة فالربح فيهـــا على قـــدر المـــال ، ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابـع للمال فيتقدر بقدره ، كما أن الريع تابع للمبذر في المزارعة ، والزيادة إنما تستحق بالتسميـة وقد فسدت فبقي الإستحقاق على قدر رأس المال . وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة

منافـــع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمـــه أجره) الراوية في الأصـــل بغير السقاء لأنه يروي الماء في محله ثم كثر حتى استعمل في المرادة،وهي المرادة ها هنا .

قال أبو عبيدة « رض » المرادة لا تكون إلا من جلدين مقـــام بجلد ثالث بينهما للسقي والجمع للراد ومزائد (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) هذا لفظ القدوري « رح » .

قال المصنف (لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره) أي تقدير الربح بقدر المـــال (كما أن الريع) بفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف وبالعين المهملة وهو النماء والزيادة (تابع للمبذر في المزارعة) كما عرف في موضعه،وقال الأكمل قوله الربح فيه تابع . . إلى آخره فيه نظر لأن الربح عندنا فرع العقد كما مر ، وكل فرع تابع وكونه تابعاً للمال إنما هو مذهب الشافعي كما تقدم ، فكان الكلام متناقضاً ، والجواز أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً وهاهنا قد فسر كيد العقد فيكون تابعاً للمال لأنه شرط فإن العلة إذا لم تصح لإضافة الحكم إليها يضاف إلى الشرط .

(والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت) أي التسمية لفساد العقد لكونـــه واجب الدفع فصار كالتسمية لم يوجد أصلا (فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال ، وإذا مـــات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) هـــذا لفظ القدوري « رح » .

لأنها تتضمن الوكالة، ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل، ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنـــه عزل قصدي والله أعلم

وقال المصنف (لأنها) أي لان الشركة (تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر) فيما مضى في هذا الفصل (والوكالـــة تبطل بالموت) أي بموت الموكل (وكذا) أي تبطل (بالالتحاق) أي التحاق بدار الحرب حال كونه (مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه) أي إلحاق على الوجه المذكور (بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) أي في باب أحكام المرتدين بقوله ولنا أن باللحاق صار من أهل الحرب لهم أموات في أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموت .

(ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه) أي لأن الموت (عزل حكمي) لتحول ملكه إلى وارثه فلا يتوقف حكمه على العلم لثبوته ضمناً،ألا ترى أن الوكيل يعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به .

(وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة)ومال الشركة دراهم أو دنانير (حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي) أي لأن فسخ أحد الشريكين عزل يقصد فيعتمد العلم لأنه نوع حجر فشرط علمه ثبوت الحجر دفعـــاً للضرر عنه واعترض بأنـــه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة ، فاذا كان كذلك كانت تابعة لنا ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع. وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لا تصح الشركة بدونها أشار المصنف إلى ذلك أيضاً بقوله ولا بـــد منها أي من الوكالة لتحقق الشركة ، وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونه .

فصـــل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس التجارة ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته ، فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن ، علم باداء الأول أو لم يعلم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لا يضمن إذا لم يعلم ، وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه .

(فصل)

أي هذا فصل وقد ذكرنا غير مرة أن لفظ إذا فصل عما بعده لا يكون معرباً لأن من شرط الإعراب التركيب فيكون حكمه مثل أحكام الأسماء المفردة إذا ذكرت بغير تركيب (وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه) هذا لفظ القدوري « رح » وقال المصنف (لأنه) أي لأن دفع زكاة صاحبه (ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة « رح »).

(وقالا لا يضمن إذا لم يعلم) وإن علم ضمن ، هكذا ذكر في كتاب الزكاة في الزيادات للعتابي لا يضمن وإن علم عندهما وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله إلى رجل ليكفر عنه كفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور ، وعلى هذا الخلاف المأمور بأداء الزكاة وهو إشارة إلى وجوب الضمان (وهذا) على الثاني خاصة (إذا أديا على التعاقب) يعني أحدهما عقيب أداء الآمر .

(أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) فان قيل إذا أديا معا ينبغي أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة « رح » لعدم السبق ، إذ الموكل لم يقع فعلى الوكيل فعلا قلنا إذا الموكل إن لم يسبقه تحقيقاً فقد سبقه اعتباراً أو تقديراً ، لان يصرف الموكل

وعلى هذا الإختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير ، وقد أتى به فلا يضمن الموكل وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه ، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا . ولابي حنيفة « رح » أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر

على نفسه أقرب من تصرف الوكيل اليه فيصير سابقاً معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل إذا باعا وخرج الوكيل مع فقد تبع الموكل دون الوكيل .

(وعلى هذا الاختلاف المذكور المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به) أي بما أمر به (فلا يضمن للموكل . وهذا) أي عدم ضمانه للموكل (لان في وسعه التمليك) من الفقير (لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل ، وإنما يطلب منه ما في وسعه) والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فكذا لم يضمن الثاني ، وإن لم يقع ما أداه زكاة .

(وصار) أي المأمور هنا (كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا، ولابي حنيفة « رح » انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بفتح الدال المهملة (لم يقع زكاة فصار) أي المأمور (مخالفاً وهذا) أي كونه مخالفاً (لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر انه لا يلتزم الضرر) بيانه أن زوال ملكه في بعض ماله ضرر وفي دفع الوكيل سبيل الزكاة عند ذلك

إلا لدفـــع الضرر ، وهـذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولاً علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي ، وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فـرق ، ووجهه أن الدم ليس بواجب عليـه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنا الاداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار . قال وإذا أذن أحد المتفاوضين

وبقاؤه في عهدة الواجب أيضاً ضرر وهو لم يلزم ضرر دفع الوكيل ماله .

(إلا لدفع ضرر آخر) وهو إسقاط الواجب عن ذمته ، لان المقصود من الأمر بأداء الزكاة إخراج النفس عن عهدة الواجب (وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه) أي عن المقصود (فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي) فلا حاجة إلى العلم (وأما دم الإحصار) جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار (فقد قيل هو على هذا الخلاف) يعني يضمن عند أبي حنيفة « رح » فهذا جواب على سبيل المنع ، ثم أجاب بطريق التسليم بقوله (وقيل بينهما فرق) يعني ولئن سلمنـا لا يضمن بالاتفاق ، لكن قيل إن بينهما فرق أشار إلى الفرق بقوله :

(ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه) يعني أن دم الإحصار ليس بواجب لا محالة لانه لو يصبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار وهو معنى قوله (فانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنـا) وهي مسألة الزكاة (الاداء) أي أداء الزكاة (واجب فاعتبر الإسقاط) أي إسقاط الواجب (مقصوداً فيه) وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعرى فعل المأمور من المقصود فضمن (دون دم الإحصار) لأنـه ليس بواجب البتة كما ذكرنا .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية

لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل . فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك ، فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة ، وهذا لان الملك واقع له خاصة ، والثمن بمقابلة الملك ، وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة ، إذ هما لا يملكان تغييره

فيطؤها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة «ر ح» وقالا يرجع عليه) أي على المأمور (بنصف الثمن ، لأنه) أي لأن المأمور (أدى ديناً عليه) أي على نفسه (خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة) تحقيق هذا أن الحاجة إلى الوطء من الحوائج الأصلية إلا أنها ليست بلازمة كالطعام ولم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط بخلاف الحاجة إلى الطعام فإنها لازمة فكانت مستثناة بلا شرط ثم بالتصريح على الوطء التحق بحاجة الطعام ، فوقع شراء الجارية لشركة المشتري خاصة .

(وهذا) بيان بقوله أدى ديناً عليه خاصة (لأن الملك واقع له خاصة) بدليل حل وطئها (والثمن بمقابلة الملك) فكان الدين عليه خاصة (وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن الجارية دخلت في الشركة على البتات) بعصبته عقد المعاوضة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكلما دخل في الشركة فأدى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع على صاحبه بشيء كما لو اشترى الجارية قبل الإذن ، وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله (جريا على مقتضى الشركة) أي شركة المفاوضة ، فان ذلك يقتضي دخول ماليس بشيء كالطعام والكسوة بحقها وشرية الجارية ليس بشيء فيدخل تحتها .

(إذ هما لا يملكان) أي الشريكان (تغييره) أي بغير مقتضى شركة مع بقائها

فأشبه حال عـــدم الإذن ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه ، لان الوطء لا يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيـع لما بينـــا أنـــه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة ، فيقـع الملك له خاصة بنفس العقد ، فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا قضى ديناً عليهما لما بينا ، وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق ، لانه دين وجب بسبب التجارة ، والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

(فأشبه حال عدم الاذن) أي صار كما لو اشتراها بغير إذن الشريك ، غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه أما من قوله فأشبه حال عـــدم الاذن فكأنه توهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن، وهناك لم يحل وصيها، وبعد الاذن يحل أشار إلى ذلك بقوله (غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة) إشارة إلى قوله جرياً على مقتضى الشركة (فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن) فكأنه قال : إشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك، فجازت الهبة في السابع لأن الجارية مما لا ينقسم .

(بخلاف الطعام والكسوة) حيث تقع للمشتري خاصة (لأن ذلك مستثنى عنهـــا للضرورة فيقع الملك له) أي للمشتري ، وإنما رجع للضمير إليه وإن لم يذكر لظهور فهمه لأن الشهوة قائمة مقام الذكر (خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا) أي فيما اشترى أحد المتعاوضين الجارية للوطء بإذن الآخر (قضى ديناً عليها لما بينا) أنها دخلت في الشركة .

(وللبائع أن يأخذ بالثمن أيها) أي الشريكين (شاء بالإتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفاله) فيطالب المشتري إن شاء وإن شاء يطالب شريكه لأنه كفيل (فصار كالطعام والكسوة) أي فصار حكم الجارية المشتراة لنوطء بالإذن كالطعام والكسوة المشترك يطالب البائع أيها شاء ، فإذا استحقت الجارية فعلى الواطىء العقر يأخذ المستحق بالفقر أيها شاء ، والله أعلم .

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم بـــه الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقـــد وقفت داري على كذا .

(كتاب الوقف)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوقف ، وقال الشراح كلهم مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال وليس بموجبة كما يبين الوقف في اللغة الحبس من قولهم وقفت الدابة إذا تبعته في السير .

وقال ابن دريد الوقف مصدر وقفت الدابة أقفه وقفاً ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا يتعدى ، ومنه وقف الأرض على ولده لأنه جنس الملك عليه ، وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وتجمع على أوقاف كوقت يجمع على أوقات ، وقالوا لا يقال فيه أوقفه إلا في لغـة مردية فلسته كذا في الصحاح .

وقال شمس الأئمة الوقف شريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وسيجيء مشروحاً (قال ابو حنيفة «رح» لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا) هذا كلام القدوري «رح» غير أن المصنف «رح» قدم ذكر لفظ أبي حنيفة «رح» ولفظ القدوري «رح» لا يزول ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة «رح» إذا مت فقد وقفت داري على كذا ، هذا كلام غير المصنف والباقي مثله ، وفي المحيط لشمس الأئمة الحلواني بشرط جواز الوقف على قول أبي حنيفـة وزفر «رح» أن يكون موصى به حتى لو لم يوصي به لا يصح وتبقى على ملكه جواز له بيعه ، ولو ورث عنه إلا أن يخبر الورثة فيصير جائزاً أو يتأبد الوقف .

وقال أبو يوسف « رح » يزول ملكه بمجرد القول ، وقال محمد « رح » لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه اليه . قال « رح » الوقف لغـــة هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة « رح » حبس العـــين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية

(وقال أبو يوسف «رح» يزول الملك بمجرد القول ، وقال محمـــد «رح» لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه) هذا أيضاً لفظ القدوري ، وهـــذا يدل على أن الوقف عندهما جائز في حال الصحة أو المرض ، إلا أنهما اختلفا فيما بينهما ، قال أبو يوسف « رح » يجوز مشاعاً كان أو منوعاً سلمه إلى المتولي أو لم يسلمه شرط التأبيد أو لم يشرطه ، وقال محمد«رح» لا يجوز إلا باستجماع شرائطه وهي ثلاثة أن يكون مقسوماً مخرجاً من يده سلما إلى المتولي وإن شرطا فيه التأبيد وهو أن يجعل آخره إلى سبيل خير لا ينقطع أبداً كذا قال في الاسبيجابي .

(قال) أي المصنف «رح» (الوقف لغة) أي من حيث لغة العرب (هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى) أي بمعنى واحد وقد مر الكلام فيه مقتضى (وهو) أي الوقف (في الشرع عند أبي حنيفة «رح» حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) على الفقراء أو على جهة من سبيل الخيرات (بمنزلة العارية) يعني جواز الوقف عند أبي حنيفة « رح» جواز العارية فيرجع فيه ويباع ، وفي شرح الطحاوي الوقف عند أبي حنيفه « رح » على ثلاثة أوجه في وجه لا يجوز وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحة فـلا يجوز وإن اشترط التأبيد وسلمه إلى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثاً عن الواقف وفي وجه يجوز ، وهذا إذا وقفه في حال حياته وجعل وصيه بعد وفاته فإنه يجوز من ثلث ماله ، وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو ما إذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته .

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة « رح » أنه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وفاتـه ، وقيل الوقف جائز عند أبي حنيفة «رح» لكن ليس بلازم حتى تجوز اعادته إلى يده ، ولو

ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح، فلا يجوز الوقف أصلاً عنده وهو الملفوظ في الأصل ، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث .

قضى القاضي بلزومه يلزم بالإجماع لأنه مجتهد فيه ، وعندهما «رح» لازم على كل حال وهو قول الشافعي «رح» .

(ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلاً عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (وهو الملفوظ في الأصل) يعني عدم جواز الوقف عنده هو الملفوظ في المبسوط فإنه قال عنه ، فإن أبا حنيفة «رح» لا يجيز ذلك .

وقال قاضي خان وظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف ، وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل بالأحاديث المشهورة واجماع الصحابة رضي الله عنهم إلا عند أبي يوسف ومحمد «رح» وعامة الفقهاء « رح » اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك ، فيلزم ولا يملك وهو الأصح عند الشافعي وأحمد «رح» وقال الشافعي في قول وأحمد «رح» في رواية ينتقل إلى مال الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لامتناع السائبة ، وعند مالك « رح » هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وقال أبو العباس « رض » من أصحاب الشافعي « رح » وهذا قول آخر للشافعي وأحمد « رح » لأنه ﷺ حبس الأصل وسأل الثمرة .

(والأصح) أي أن الوقف (أنه جائز عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية) فإنها جائزة غير لازمة ، فإذا كان كذلك فتصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الوقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ، ويورث عنه (وعندهما حبس العين) أي الوقف حبس العين (على حكم ملك الله ، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث) حاصل

والللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل. لهما قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها، لا يباع ولا يورث ولا يوهب

هذا أن تقدير الوقف عندهما أن يقول إزالة العين عن ملكي إلى الله عز وجل وجعلته محبوساً في ملكه، ومنفعته للعباد، وإذا كان تقدير الوقف هذا عندهما أصح ولو لم يكن يوصي به فيلزم ولا يباع ولا يورث.

(واللفظ ينتظمها) أي لفظ الوقف ينتظم أي يتناول ما قال أبو حنيفة «رح» وهو حبس العين على ملك الواقف ويتناول ما قال صاحباه وهو حبس العين على ملك الله (والترجيح بالدليل) أي ترجيح أحد المذهبين على الآخر بالدليل وشرع بعد ذلك في بيان الدليل فقال:

(لهما) أي لأبي يوسف « رح » ومحمد « رح » قوله عليه السلام. (قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة « رح » كلهم عن نافع رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنه قال أصاب عمر رضي الله عنه بخيبر أرضاً فأتى النبي ﷺ فقال أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر رضي الله عنه أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى، وفي سبيل الله، والمصنف « رح » لاحتاج على من وليها أن تأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير مشمول، وفي رواية البخاري أن هذا المال عما كان نخلا.

وأخرج الطحاوي بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه استشار النبي ﷺ في أن يتصدق بماله فسمع فقال رسول الله ﷺ تصدق به تقسيم ثمره ويحبس أصله لا يباع ولا يوهب .. انتهى.

وفيه نص عليه السلام أن الوقف لازمة الفروع خلافاً لمن يبطله جملة وهو قول شريح «رح» وفيه أن الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته، ولا يكون ميراثاً، وفيه أن الوقف يجوز بلفظ حبسه بل الأصل فيه هذا اللفظ لأن معنى الوقف في اللغة الحبس، وفيه أن يقسم الموقف له أن

ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك ، وجعله الله تعالى إذ له نظير في الشرع وهو المسجد

يتناول من عليه الوقف بالمعروف ولا يتنـاول أكثر من حاجته هذا إذا لم يعين له الواقف شيئاً معيناً .

فإذا عينه له أن يأخذ ذلك قليلا أو كثيراً ، قوله ثمغ بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم ، وبالعين المعجمة وهي بقعة على نحو سبيل من المدينة ، ويسمع كمعب لهافقال البكري مع تلقاء المدينة كان فيها مال لعمر رضي الله عنه فخرج إليه يوماً ففاتتـه صلاة العصر ، فقال اسعلين تمنع عن الصلاة .. أشهدكم أنها صدقة .

وقال الاترازي « رح » وقد وقع سماعنا هنا بلا تنوين ، وقد أثبت في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منسوباً وغير منسوب ، كما في وعد ، وقال الكاكي « رح» ونسخة مولانا حافظ الدين بغير تنوين للعلمية والتأنيث .. انتهى .

قلت سبحان الله هذا الكلام منهما كلام من لم يميز بالنحو ، وقد ثبت فيه الأمثل هذا يجوز فيه الوجهان عدم الصرف للعلتين المذكورتين ، وجواز الصرف بسكون وسطه فإنه يقاوم أحد العلتين فبقي الاسم بعلة واحدة ، فلا يمنع من الصرف (ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه) أي من الوقف (ليصل ثوابه إليه) أي إلى الواقف (على الدوام ، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى) يمكن يكون هذا جواباً عما يقال كيف يلزم الوقف ويخرج عن ملكه لا إلى مالك وتقدير الجواب أنه يمكن أن يدفـع حاجة الواقف عن ملكه بإسقاط عنه ، وجعله لله تعالى فإذا جعـــل لله تعالى يلزم ، ويدوم ويصل إليه ثوابه .

(إذ له نظير في الشرع) هذا أيضاً جواب عما يقال كيف يخرج الوقف عن ملكه ولا يدخل في ملك أحد وهو محال ، وتقدير الجواب أن هـــذا له نظير في الشرع (وهو المسجد) فإن اتحاد المسجد يلزم بالاتفاق وهو إخراج الملك من المنفعة ، وهو مالك ، ولا يدخل في ملك أحد ، وكالعبد المشترى لخدمة الكعبة ، فإنـه يصح ولا يدخل في ملك

فيجعل كذلك ، ولأبي حنيفة « رح » قوله عليـــه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى

في المبسوط ، ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معايشهم ومعادتهم كسائر الخانات والرباطات ، واتخاذ المقابر ، ويسدلون بالعتق أيضاً ، فإنه إزالة الملك لا إلى مالك ،وصح ذلك على قدر التقرب .

(فيجعل كذلك) أي فيجعل الوقف كالمسجد ، وفي فتاوى قاضي خان، ولم يأخذ ، والقول قول أبي حنيفة «رح» للآثار المشهورة عن النبي ﷺ والصحابة وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات أولها وقف خليل الرحمن صلوات الله عليه فهي باقية إلى اليوم، وكذا أوقاف الصحابة رضوان الله عليهم بمكة والمدينة .

(ولأبي حنيفة قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا حبس عن فرائض الله تعـالى) هذا أخرجه الدارقطني في مسنده في الفرائض عن عبد الله بن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قـــال قال رسول الله ﷺ لا حبس عن فرائض الله وعبد الله بن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان ، ورواه ابن أبي شيبـة في مصنفه موقوفاً على علي رضي الله عنه فقال حدثنا هشام عن اسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله تعالى إلا إن كان من سلاح أو كراع .

وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيـع الحبس هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع، حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن سعد بن عون عن شريح قال جاء محمد ﷺ ببيع الحبس، وأخرجه البيهقي. قوله لا حبس عن فرائض الله تعالى،أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا على مـــا كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوجلة والحاسي ، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ، ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتنـــاول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا مـا قـــام عليه الدليل .

وقال شيخ الإسلام خواهر زادة « رح » الحبس ما كانوا يفعلونه في الإبتداء قبل سورة النساء كانوا يحبسون العين على ملكهم، ويتصدقون بالغلة ويرون أن يبيـع الأصل ممتنعاً لمكان

وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيـع الحبس ، ولأن الملك باق فيه، بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك ، والملك فيه للواقف ، ألا ترى أن له ولاية

الصدقة بالعلة فجاء محمد ﷺ ونسخ هذا وجوز بيعه ، والمعنى هذه المسألة أن هذا تصدق بالعلة المعدومة لا بالعين فلا يمنع البيع ولا الارث إذا لم يكن موصى به قياساً على ما لو قال تصدقت بعلة هذه الأرض على الفقراء والمساكين أبداً .

وفي مبسوط شيخ الإسلام « رح » الاستدلال بهذا الحديث غير مستقيم لأنه إنما يستقيم هذا إذا تعلق به حق الوارث ، فأما إذا كان الوقت قبل التعلق فليس حبس عن فرائض الله كالتصدق بالمنقولات ، فإن قلت قال ابن حزم «رح» قولهم لا حبس عن فرائض الله قول فاسد لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة والوصية بعد الموت ، فكل هذا سقط لفرائض الله .

قلت لا نسلم أن هذه الأشياء سقط فرائض الورثة ، أما الهبة والصدقة فإنها يكونان في حياة الرجل ، ففي ذلك الوقت وفرائض للورثة وأما الوصية فإنهـا لا تنعد إلا عن الثلث ، ففرائض الورثة في الثلثين ، فإن قلت هذا الحديث ضعيف كما مر من جهـة أبي حنيفة « رح » وآخر فكيف يستدل به لأبي حنيفة « رح » .

قلت أخرجه الطحاوي بأتمه بإسناد صحيح ، فقال حدثنا سليمان بن شعيب عن أبي يوسف « رح » عن عطاء بن السائب « رح » قال سألت شريحاً الحديث ، وفيه لا حبس عن فرائض الله ، فإن كان الذي روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ضعيف فهذا الذي روي .

(وعن شريح) صحيح ، ومع هذا جاء عنه أيضاً (جـاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس) كما ذكرنا وشريح هو ابن الحارث الكندي وهو قـاضي عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم الخلفاء الراشدين المهديين ، ومعنى جاء محمد ﷺ جاء شرعه ببيع الحبس .

(ولأن الملك باق فيه) أي في الوقف (بدليل أنه يجوز الإنتفاع بـه) أي بالوقف (زراعة وسكنى وغير ذلك) نحو إسكانه وإجارته كما يشفع بالمملوكات (والملك فيـه للواقف) بدليل تصرفه فيه بالأشياء المذكورة ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن له ولاية

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها ، إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ، ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً ولا تصدق عنـــه إلا بالبقاء على ملكه، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك ، ولأنه غير مشروع مـــع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف، وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ،

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيه) بضم القاف وتشديـد الواو جمع قائم بالأمر ، والضمير في مصارفهـــا يرجع إلى الغلات ، وفي منصب القوام فيهـــا إلى المصارف .

(إلا أنه) أي للواقف (يتصدق بمنافعه فصار) أي الوقف (شبيه العارية)من حيث أن ملك الغير قائم فيها والغير ينتفع بمنافعها (ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً) فاستدعى دوام ملك الواقف وهو معنى قوله (ولا تصدق عنه إلا بالبقــاء على ملكه) وفي بعض النسخ إلا بالبقاء على ملكه .

(ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائـــه) أي مع بقاء ملكه (كالسائبة) وهي الناقـــة التي تسيب لنذر كان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة ، ومعناه أن الوقف بمنزلة تسيب أهل الجاهلية من حين أن العين لا يخرج من أن يكون مملوكاً له منتفعاً به فانه لو سبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذلك إذا وقف داره أو أرضه .

(بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان أزال الملك لا إلى ملك غير مشروع لمـــا جاز العتق ، فلأنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لأحد فأجاب عنه بقوله (لأنه إتلاف) أي إسقاط صفة المملوكية (وبخلاف المسجد) وجواب عن قياسهم الوقف على المسجد فأجاب عنـــه بقوله (لأنه جعل خالصاً لله تعالى) أي لأجل أنه جعل خالصاً لله تعالى .

ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصاً لله تعالى . قال «رح» قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه ، وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه ، أمـــا في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه ، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبد فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم ، والمراد بالحاكم

(ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا) أي لا ينتفع به بشيء من منافع الملك وإن كان يصلح لها ، والأصل في الشرع وهو الكعبة ، فإنهـــا محرزة عن ملك العباد فألحقت سائر المساجد بها ، والموقف ليس باحالته إلى الله تعالى كما ذكرنا ، وههنا يعني في الوقف (لم ينقطع حق العبد عنه ، فلم يصر خالصاً لله تعالى فقال) أي المصنف رحمه الله (قـال في الكتاب) أي القدوري « رح » في مختصره (لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته) إلى هنا لفظ القدوري « رح » غير أن فيـه لا يزول ملك الواقف عند أبي حنيفة فأسقط المصنف « رح » ذكر أبي حنيفة « رح » .

ثم قال (وهذا) أي هذا الذي ذكره القدوري (في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه) صورة الحكم إن سلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه .

(أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة « رح » فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول ، وهو الصحيح لأن الوقف يصدق بالعلة وهو ما لا يستدعي زوال أصل الملك .

وقال المصنف «رح» (إلا انه تصدق بمنافعه مؤبد) يعني دائماً (فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم حينئذ [1] ، والمراد من [2] الحاكم) والذي ذكره القدوري « رح »

---

(١) و (٢) كذا الأصل .

المولى ، فأمـــا المحكم ففيه اختلاف المشايخ « رح » ولو وقف في مـرض موتـه . وقال الطحاوي « رح » هو بمنزلـــة الوصية بعد الموت ،

(المولى) بفتح اللام الذي ولاه الإمام عمل القضاء (فأما المحكم) بتشديد الكاف المفتوحة الذي ينفذ عليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين (فعنـه [1] اختلاف المشايخ) قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى ، وأما حكم المحكم في اليمين المضافـــة وسائر المجتهدات ، والأصح أن ينفذ ، لكن لا يفتى به ... كذا ذكر في الأقضية .

وقال في الفتاوى الصغرى الحاكم المحكم إذا قضى عليه المحكمين فظاهر الجواب أنــه ينفذ وجواب فتاوى السمرقندى أنه لا يبعد زجراً لهم عن ذلك وإني أقول لا يحل لأحد أن يفعل ذلك ، يعني في اطلاق المصارف ولا يفتى على هذا ، وحكي عن شمس الأئمـــة الحلواني « رح » أنه قال مسألة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به ، وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز ، إلا أن القاضي الإمام الأستاذ « رح » أبا علي البيهقي كان يقول يكتم هـذا الفعل ولا يفتى به لئلا يتطرف الجهال إلى هذا فيؤدي إلى هدم مذهبنا ، فأما المذهب فرق الأول ، إلى هنا لفظ كتاب فتاوى الصغرى .

(ولو وقف في مرض موته قـــال الطحاوي « رح » هو) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي « رح » ثم الحجري البصري الطحاوي ونسبه إلى طحا قرية من أعمـــال الأشمونين بالصعيد الأدنى ، الإمام المحدث الفقيه الحنفى ولد في سنة تسع وعشرين ومائتين ومـــات ليلة الخميس مستهل ذي القعدة سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة بمصر ، ودفن بالقرابة ، (هو) أي الوقف (بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب أبي حنيفة « رح » بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده ، ثم قال الطحاوي « رح » في مختصره وقد روى محمد « رح » عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه ، كما لا يجوز في صحته ، ثم قال وهو الصحيح على أصوله .

---

(١) « ففيهم » — هامش .

والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يلزمه ، إلا أنه يعتبر من الثلث ، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف « رح » وهو قول الشافعي « رح » بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك عنه، وعند محمد «رح» لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد ، لان التمليك من الله تعالى ، وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً ، وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل بمنزلة

(والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف « رح ») أي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله وقفت (وهو قول الشافعي « رح ») وبه قال مالك « رح » وأكثر أهل العلم ، وفي التميمه والفتوى على قول أبي يوسف « رح » ، وفي المحيط السرخسي « رح » ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف « رح» ترغيباً للناس في الوقف ، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد « رح » .

(بمنزلة الإعتاق) حيث يزول ملك المعتق بمجرد قوله اعتقت عبدي (لأنه) أي لأن الإعتاق (إسقاط الملك عنه) عن الملك (وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه) أي في الوقف (في ضمن التسليم إلى العبد ، لأن التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً) فيأخذ الملك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض، وقوله وهو مالك الأشياء جملة معترضة بين اسم إن وخبرها .

(وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه) أي قد يكون التمليك تبعاً لغيره أي ضمنا لأن التمليك من الله قصداً لا يثبت لغادكم من شيء ، بل يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً فيأخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (فينزل منزلة

الزكاة والصدقة . قال وإذا صح الوقف على اختلافهم ، وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله ، وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخـل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه ، لا يتوقف عليه ، بـل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكـه ،

قال « رح » وقوله

الزكاة والصدقة) يعني ينزل التمليك من الله تعـالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبـد منزلة تملك المـال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منـه في ضمن التسليم إلى الفقير .

(قـال) أي القدوري « رح » (وإذا صح الوقف على اختلافهم) أي على اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح عند أبي حنيفة « رح » على رواية الأصل خلافـاً لصاحبيه (وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ القدوري « رح » (وإذا استحق مكان قوله ،وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) خلافاً للشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية .

(لأنه) أي لأن الوقف (لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليـه) أي على ملكه ، وجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه وهو معنى قوله (بل ينفذ بيعـه كسائر أملاكه) أي كما ينفذ تصرفه في سائر أملاكه ، ومع هذا لا يجوز لعدم دخوله في ملكه (ولأنه لو ملكه) دليل بأن في عدم دخوله في ملكه أي ولأن الموقوف عليـه لو ملك الموقوف (لما انتقل عنه بشرط المالك الأول) الواقف يعني مـا كان يتنفل إلى من بعده ممن شرط الوقف بقوله بعد هذا الموقوف عنه إلى الفقراء رعاية لشرطه ، لكن ليس له ذلك بالإتفاق يدل على انـه لا يدخل في ملك الموقوف عليه (كسائر أملاكه) أي كسائر أملاك الموقوف عليه .

(قال) أي المصنف « رح » (وقولـه) أي وقول القدوري « رح » في مختصره

خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره . قال ووقف المشاع جائز عنـــد أبي يوسف « رح » لأن القسمة من تمام القبض ، والقبض عنده ليس بشرط ، فكذا تتمته ، وقال محمـــد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط ، فكذا ما يتم به ،

(خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره)[1] يعني أن الوقف عندهما حبس العين على ملك الله تعالى ، وبزوال ملك الواقف عنه إلى الله تعـالى ، فلما زال ملك الواقف عندهما يجب أن يكون قولـه خرج على ملك الواقف قولهما بخلاف قول أبي حنيفة « رح » فـــإن بالوقف عنده حبس العين على ملك الواقف ، والتصدق بالنفقة .

فإذا كان محبوساً على ملك الواقف لا يصح قوله خرج عن ملك الواقف ، وعلى مذهب وقال الكاكي « رح » قوله يجب أن يكون قولهما مطلقاً لا يستقيم أجيب عنه قال وإذا صح الوقف الصحة عن اللزوم كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من العارية والوكالةوالمضاربة فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قوله إذا حكم بـه فحينئذ خروجه قول الكل .

(قال) أي القدوري « رح » (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف « رح ») وبـه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » (لأن القسمة من تمـــام القبض) لأن القبض للحيازة وتمام الحيازة مما يقسم بالقسمة (والقبض عنده) أي عند أبي يوسف (ليس بشرط فكذا تتمته) وهي القسمة وهو كونه مقسوماً مقرراً ،وهذا لأن الوقف إسقاط الملك كالإعتاق، والشيوع لا يمنع العتاق فلا يمنع الوقف أيضاً يؤيده حديث عمر رضي الله عنه أنه أصاب ما بينه وبينها من خير ، واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره عليه السلام بوقفها .

(وقال محمد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به) أي مـا

---

(١) ذكره . هامش .

وهذا فيما يحتمل القسمة، فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفـــذة إلا في المسجد والمقبرة، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضاً عنـد أبي يوسف « رح » لأن بقـــاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى، ولأن المهايأة فيهما

يتم به القبض وهو كونه مقسوماً، وقال الولوالجي في فتاوى مشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف ومشايخ بخارى « رح » أخذوا بقول محمد « رح »، ثم قال وبه يفتى ثم قال فإن رفع إلى القاضي فقضى بجوازه جاز عند الكل لأنه مختلف فيه فيصير متفقاً عليه باتصال القضاء، وقال في خلاصة الفتاوى ولو وقفت نصف الحمام جاز يعني بلا خلاف من أبي يوسف ومحمد « رح » لأنه لا يحتمل القسمة فصار كسهم المشاع فيما لا يحتمل القسمة.

(وهذا) أي وهـذا الخلاف المذكور بين أبي يوسف ومحمد « رح » (فيما يحتمل القسمة، وأما فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى ونحوهما (فيجوز عند[1] الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه) أي لأن محمداً (يعتبره) أي الوقف بالنوع (بالهبـة) أي لجواز الهبة المشاعة (والصدقة المنفذة) وهي التي سلمت إلى الفقير وجعلت مملوكة له، وفيه لا يمنع الشيوع، وكذا في الصدقة الموقوفة، وهي التي لم يملكها الموقوف عليه إلا إذا تصدق عليه بمنفعتها (إلا في المسجد والمقبرة) استثناء من قول أبي يوسف « رح » يعني لا يصح وقف المسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسمة أيضاً بـأن كان الموضع صغيراً لا يصلح بمـا أراده الواقف من المسجد والمقبرة على تقدير القسمة، لأن المسجد خالص لله تعالى، والشيوع بناء في الخلوص، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وأن المساجد لله ﴾ ١٨ الجن.

(فإنه لا يتم) أي فإن الوقف لا يتم (مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف « رح » لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى) كما ذكرناه (ولأن المهايأة فيهما)

---

(١) مع – هامش.

في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيـــه في وقت ويتخذ اصطبلاً في وقت بخلاف الوقف ، لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة ، ولو وقف الكـــل ثم استحق جزءاً منه بطل في الباقي عنـــد محمد « رح » لأن الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعـــد موت المريض ، وقد وهب أو وقف في مرضه ، وفي المال ضيق ،

أي في المسجد والمقبرة (في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ إصطبلا في وقت بخلاف الوقف) أي وقف المشاع ، فإنه لا قبح فيه .

(لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة) بين مستحق الوقف وبين صاحب الملك (ولو وقف الكل) ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري « رح » وهو أنـــه وقف عقاراً كله (ثم استحق جزءاً منه) بأن مالكه مستحقاً في النصف أو الثلث أو الربع ونحوهما (بطل) أي الوقف (في الباقي) بعد الاستحقاق (عند محمد « رح » لأن الشيوع مقارن) للقبض، لأن حق المستحق كان ثابتاً في الموقوف حال الوقف فلم يتم القبض ، وهو شرط عند محمد « رح » فبطل في الباقي لانتفاء الشرط .

(كما في الهبة) المشاعة لمقارنة الشيوع فيه عند القبض (بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض) في النصف مثلا بعد قبض الموهوب له (أو رجع الوارث في الثلثين) بأن وهب في مرض موتـه فمات ورجع الوارث (بعد موت الواهب[1] وقد وهب أو وقف في مرضه) والحال أن الواهب وهب في مرضه أو الواقف وقف في مرضه (وفي المال ضيق) أي والحال أن في المال ضيقاً ، يعني لا مال سواه لا يسع المال الهبة ولا الوقف ، وأصله أن حكم هبة المريض حكمه الوهب حق يصير خروجها من الثلث ، وكذلك الوقف ، ثم إن الوارث لما أبطله فيما زاد على الثلث بقي في الثلث صحيحاً، لأن حق الوارث إنما يثبت بعد الموت ، فإبطالـــه بعد الموت في القدر الذي بطل فيقدر على ذلك الوقف ولا يتعين الوقف في الجزاء الشائع .

---

(١) المريض – هامش .

لأن الشيوع في ذلك طارىء ، ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعـــدم الشيوع ، ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة . قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطـع أبداً . وقال أبو يوسف « رح » إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدهـــا للفقراء وإن لم يسمهم لهمـــا أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهـــة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه

(لأن الشيوع في ذلك طارىء) وهذا مجرى الرجوع في الهبـــة ظاهراً ، وكذا في رجوع الورثة ، لأن حقهم يثبت في المال ثم سد فيكون طارئاً (ولو استحق جزء مميز) يعني في المسألة المذكورة (لم يبطل) أي الوقف (في الباقي لعدم الشيوع) لان المفسد هو الشيوع وهو منتف هنا .

(ولهذا جاز في الإبتداء) أي ولكون استحقاق جزء معين في المكان غير مانع جاز الوقف في ابتداء الأمر لعدم الشيوع المفسد (وعلى هذا الحكم الهبة والصدقة المملوكة) أي للفقير ، يعني إذا استحق جزءاً معيناً لا تبطل الهبة والصدقة في الباقي (قـال) أي القدوري « رح » (ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً) مثل أن يقول علي كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيث ما وجدوا .

(وقال أبو يوسف « رح » إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها) أي بعد تلك الجهة (للفقراء وإن لم يسمهم) مثل أن يثبت على كذا وكذا وعلى أمهات أولاده جاز ، صار بعدهـــا للفقراء (لهما) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك) يعني لا إلى ملك (وأنـــه) أي وأن زوال الملك بدون التمليك (يتأبد كالعتق) فإنه زوال الملك وهو متأبد .

(فإذا كانت الجهة) التي عينهـــا الواقف(يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه) أي على

مقتضاه ، فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كان التوقيت في البيـــع .
ولأبي يوسف « رح » أن المقصود هو التقرب إلى الله تعـالى وهو موفـــر عليـــه ، لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطـع ، ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهـــين ،

الوقف (مقتضاه) وهو التأبيد (ولهـــذا كان التوقيت) في الوقف (مبطلا له) أي للوقف كما إذا وقف داره عشرين سنـــة فلا يجوز (كالتوقيت في البيـع) إلى عشرة أيام مثلا ، فإن قيل كيف يستقيم قوله إنه زوال الملك بدون التمليك على قول أبي حنيفة «رح» فـان عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ، ولم يزل ملكه ، وهذا تناقض أجيب بأن في المبسوط والذخيرة والتتمة وغيرهـــا جعل زوال الملك بشرط التأبيد قول محمد « رح » خاصة قول أبي حنيفة « رح » .

فعلى ما ذكر في الكتاب جاز أن يكون عند أبي حنيفة « رح » روايتان أو أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بصحته ولزومه فحينئذ يخرج بالإتفاق وفرع أبو حنيفة على قول من يرى خروجه وهو قولهما كما في المزارعة .

(ولابي يوسف « رح » أن المقصود) من الوقف (هو التقرب إلى الله تعـــالى) بالتصدق بالنفقة (وهو موفر عليـــه) أي بالتقرب إلى الله تعالى موفر على جعل الوقف بجهة تنقطع وبجهة لا تنقطع (لان التقرب تارة يكون في التصرف إلى جهة تنقطع ومرة في المصرف[1] إلى جهة تتأبد) يعني لا تنقطع (فيصح في الوجهين) فعلى هذا إذا انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حياً ، وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً .

ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف « رح » لانـــه قال وصار بعدها للفقراء فإن لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط ، والجواب أن المروي عن أبي يوسف « رح » أمران أحدهما انـــه لا يشترط التأبيـــد أصلا والثاني أنـــه يشترط، لكن لا يشترط ذكره باللسان.

والمصنف « رح » أشار إلى القول الأول بالتعليل وإلى الثاني بذكر المذهب ، واستدل

---

(١) بالصرف ـ هامش .

وقيل إن التأبيد شرط بالاجماع إلا أن عند أبي يوسف « رح » لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه لما بينا أن إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح ، وعند محمد « رح » ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص .

قال ويجوز وقف العقار

عليه بقوله (وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبي يوسف « رح » لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه) أي عن التأبيد (لما بينا) فيما مضى (أنه) أي أن الوقف (إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال في الكتاب) أي قال في المختصر القدوري (في بيان قوله) أي قول أبي يوسف « رح » (وصار بعدها للفقراء ، وإن لم يسمهم) أي الفقراء .

(وهذا) أي كون التأبيد شرطاً ، وذلك عند غير أبي يوسف « رح » (هوالصحيح، وعند محمد « رح » ذكر التأبيد شرط لأن هذه صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد ولا بد من التنصيص) على التأبيد، وفي الذخيرة والأسرار لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة تصير وقفاً بالإجماع ولو لم يقل مؤبدة تصير وقفاً في قول عامة من يجيز الوقف ان الصدقة تثبت مؤبدة لأنها تحتمل الفسخ كالإعتاق، وإذا انقطعت الجهة تصرف إلى المساكين، وبه قال مالك وأحمد في رواية، والشافعي «رح» في قول ، وقال الشافعي « رح » في قول يصرف إلى أقارب الواقف المحتاجين ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية عن أحمد يوضع في بيت المال .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز وقف العقار) هذا لفظ ، وقال المصنف«رح»

لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ، ولا يجوز وقف ما ينقل ، ويحول . قال « رح » وهذا على الارسال قول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرهـــا وأكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لأنه تبـع للأرض في تحصيل ما هو المقصود ، وقـــد يثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيـع والبناء في الوقف ،

(لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه) أي العقار وقد مر أن عمر رضي الله عنه وقف أرضاً تسمى ثمغ ، وفي الخلافيات للبيهقي قـال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق أبو بكر بداره بمكة على وليده فهي إلى اليوم ، وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه عنـــد المروة على ولده فهي إلى اليوم وتصدق علي رضي الله عنــه بأرضه وداره بمصر وبأمواله بالمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بربعه عند المروة وبداره بالمدينة وبداره في مصر على ولده ، فذلك إلى اليوم ، وعثمان رضي الله عنــه تصدق بدومة فهي إلى اليوم وعمرو بن العاص « رح » بالوهط بالطائف وداره بمكة والمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وإلا يحضر في كثير .

(ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) هذا لفظ القدوري « رح » (قال) أي المصنف « رح » (وهذا على الإرسال) أي على الإطلاق ففي قوله في الكتاب ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول مطلقاً من غير ذكر خلاف(لقول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف « رح» إذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها) معوما واكرها بفتح الكاف والرجع الاكار وهو الفلاح (وهم عبيده) أي عبد الواقف (جاز وكذا سائر آلات الحراثة) أي وكذا يجوز وقف آلات الحراثة مع البقر .

(لأنه) أي لأن المذكور من هذه الأشياء (تبـع للارض في تحصيل ما هو المقصود) وهو الغلة (وقد ثبت من الحكم تبعاً) أي بطريق التبعية (ما لا يثبت مقصوداً) أي من حيث القصد (كالشرب في البيـع) أي لجواز الشرب في بيـع الأرض (والبناء في الوقف)

ومحمد « رح » معه فيه لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى . وقال محمد « رح » يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف « رح » معه فيه على ما قالوا

أي ولجواز بناء الوقف تبعاً للارض ، ولا يجوز وقفه مقصوداً (وأبو يوسف « رح » معه) أي مع محمد « رح » (فيه) أي في جواز وقف المنقول .

(لأنه لما جاز إقرار بعض المنقول بالوقف عنده) أي عند محمد « رح » فيما يتعارف الناس وقفه كالمنشار والفأس والجنازة والمصحف لقراءة القرآن والقدور والمراجيل ، وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز وقفه كوقف الثياب وغيرها من الأمتعة وقال الشافعي « رح » ومالك « رح » وأحمد « رح » يجوز وقف كل ما ينتفع به مع بقاء عينه وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان ، وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فقيل جائز في قول عامة الفقهاء ، وأهل العلم إلا ما حكي عن مالك والأوزاعي « رح » أن وقف الطعام يجوز ، ولم يحكمه أصحاب مالك « رح » وليس بصحيح ، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي ، أما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي « رح » وعن أحمد « رح » لا يصح وقفها .

(فلأن يجوز الوقف فيه) أي في المنقول (تبعاً) أي من حيث التبعية (أولى) بالجواز (وقال محمد « رح » يجوز حبس الكراع) أي الخيل ، قال في ديوان الأدب الكراع الخيل ، وكذا فسره المصنف « رح » على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ، والكراع من البعير والبقر والغنم ما استدق من الساق يذكر ويؤنث والجمع كرع وأكارع .. كذا في الصحاح ، والمراد الأول (والسلاح) أي وحبس السلاح أيضاً ، وقال المصنف (معناه) معنى قول محمد « رح » يجوز حبس الكراع والسلاح (وقفه في سبيل الله عز وجل ، وأبو يوسف معه) أي مع محمد (فيه) أي في الجواز حبس الكراع والسلاح (على ما قالوا) أي المشايخ .

---

(١) هكذا في الأصل .

وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل ، وجـــه الاستحسان الآثار المشهورة فيـه منها قوله عليه السلام وأما خالد فقـــد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى ، وطلحـة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ، ويروى وأكراعه

(وهذا) أي جواز حبس الكراع والسلاح (استحسان) أي بطريق الاستحسان (والقياس أن لا يجوز لما بينـــا من قبل) أي من حبس شرط التأبيد ، لأن المنقول لا يتحقق فيه التأبيد لعدم بقائه (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في جواز حبس الكراع والسلاح (منها) أي من الآثار (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ .

(وأما خالد رضي الله عنه فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى) هـــذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنـه قال بعث النبي ﷺ عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل رضي الله عنه وخالد بن الوليد رضي الله عنه والعباس رضي الله عنه فقـال رسول الله ﷺ مـــا ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد رضي الله عنه فإنكم تظلمون خالداً رضي الله عنه فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله .. الحديث .

قوله أعتاده جمع قلة عتاد بكسر العين وتخفيف التـــاء المثناة من فوق وهو ما أعده الراجل من السلاح والدواب وآلة الحرب ، ويروى أنه احتبس أدراعه وأعتاده ، وقـــال الدارقطني قال أحمد بن حنبل « رح » قال علي بن حفص « رح » وأعتاد وأخطأ فيـــه وصحفه ، وإنما هو أعتده الأدراع جمع درع وهي الزروية ، وقال ابن الأثير وجـــاء في رواية واعبده بالباء الموحدة جمع قلة للعبد ، وقال الكاكي وروي أن خالداً جمع ثلاثمائة فرس في خلافة عمر رضي الله عنه مكتوب على لماذه حبس في سبيل الله .

(وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى) هذا غريب جداً ليس له أصل (ويروى وأكراعه) والرواية غير صحيحة من وجهين أحدهما أنها لم ينقل عن أحمد «رح» من الرواة الثقات والآخر من جهة اللفظ لأن كراعاً عليه وزن فعال ، ولم يسمع جمعه على أفعال .

---

(١) أمر – هامش .

والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها ، وكذا السلاح يحمل عليها، وعن محمد « رح » أنه يجوز وقف ما فيـــه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف ، وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنمـــا يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ، ومحمد « رح » يقول القياس قـــد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء .

(والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبـــل ، لأن العرب يجاهدون عليهـــا) . وقال الانبـــاري كان القياس أن يقول في حكمها لأن الكراع مؤنث سماعي ، قلت يجوز في المؤنث السماعي التذكير بالنظر إلى ظاهر اللفظ (وكذا السلاح يحمل عليهـــا) أي كما يقوى عليها محمد عليه السلام أيضاً فيحبس كذلك (وعن محمد « رح » أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات، كالفأس والمر) بفتح الميم وتشديـــد الراء هو الآلة التي يعمل بها في الطين (والقدوم) بفتح القاف وضم الدال المخففة لا غير ، وجمعه قدم قاله ابن ذرين وهي التي فتحت بها .

(والمنشار) بكسر الميم الآلة التي ينشر بها الخشب (والجنازة) بكسر الجيم وهي التي يحمل عليها الميت (وثيابهـــا) أي ثياب الجنازة ، وهي التي تغطى بهـــا الجنازة (والقدور) جمع قدرة (والمراجل) بالجيم جمع مرجل وهو قدر من نحـــاس ، كذا في ديوان الادب . وقـــال ابن دريد المرجل بمعروف عرفي صحيح ، قلت الفرق بين القدرة والمرجل أن المرجل لا يكون إلا من نحاس ، فالقدرة قد تعمل من طين ويسمى المبيرام.

(والمصاحف) جمع مصحف وهو مشهور (وعنـــد أبي يوسف « رح » لا يجوز لان القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليـــه) أي على النص (ومحمد « رح » يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقـــد وجد التعامل في هذه الأشياء) أي في وقف هذه الاشياء المذكورة كالفأس والمر إلى آخره .

وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد تمسك للدين تعليماً وتعلماً وقراءة ، وأكثر فقهـــاء الأمصار على قول محمد « رح » وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه ، وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ،

(وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لهـــا بالمصحف) أي لاجل إلحاق وقف الكتب يجوز وقف المصاحف ، وقال صاحب التحفة ، وعن نضر بن يحي أنه وقف كتبه على أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقـال في النوازل سئل أبو نصر عن رجل وقف الكتب قال كان محمد بن سلمة « رح » لا يجيزه وكان نضر بن يحي يجيزه وقد وقف كتبه وقال الفقيه ، وكان أبو جعفر يخبر ذلك وبه يأخذ ، إلى هنا لفظ كتاب النوازل ، ونضر بن يحيى من كبار علمائنا في بلخ مات سنة ثمان وستين ومائتين ، وكان تلميذاً للحسن بن زياد ، ومات الحسن سنة أربع ومائتين ، وهو تلميذ أبي حنيفة ومحمد بن سلمة « رح » مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين ، وأبو نصر محمد بن سلام مات سنة خمس وثلاثمائة وأبو جعفر الهنداوي مات ببخارى سنة ست وستين وثلاثمائة وهو ابن اثنين وستين سنة وكان استاذ الفقيه أبي الليث كان أبو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصير جميعاً ، وهما تلميذا عصام ابن يوسف القاضي ومات عصام ببلخ سنة خمس عشرة ومائتين .

(وهذا صحيح) أي قول نصر بن يحيى صحيح (لأن كل واحد) أي من الكتب (يمسك) على صيغة المجهول (للدين) أي لأجل مصالح الدين معلماً أي من حيث (تعلما وتعلماً) أي من حيث التعليم (وقراءة) أي من حيث القراءة (وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد « رح ») في جواز وقف الأشياء المذكورة ، وفي فتاوى قاضي خـان اختلف المشايخ في وقف الكتب وجوزه الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى .

(وما لا تعامل فيه) أي والذي لا يتعامل النـاس فيه الوقف من المنقولات كالثياب والحيوان (لا يجوز وقفه عندنا ، وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقـاء أصله) احترز به عن الدراهم والدنانير ، فإن الإنتفاع الذي خلقته الدراهم والدنانير لأجله

ويجوز بيعه ويجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح . ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد منـــه على ما بيناه ، فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصـــل القياس ، وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين ، فكان معنى القربة فيهما أقوى

وهو الثمنية لا يمكن سهماً مع بقاء أصله في ملك .

(ويجوز بيعه) إحترز به عن حمل الناقة والجارية فإنه لا يجوز بيعـه ، فكذا وقفه عنده أيضاً ، وقوله (ويجوز وقفه) خبر قوله كلما يمكن (لأنه يمكن الإنتفاع بـــه ، فأشبه العقار والكراع والسلاح) ووجه أن الأصل لا يجوز وقف الكراع والسلاح ، أي فأشبه مـــا ينتفع به مع بقاء أصله العقار في صحة وقفه (ولنا أن الوقف فيه) أي في النقول التي ذكره .

(لا يتأبد منه) أي والحال لا بد من التأبيد ، وما لا يتأبد لا يجوز وقفه (على ما بيناه) فيما حق من اشتراط التأبيد (فصار) أي كل ما ينتفع به مع بقاء أصله (كالدراهم والدنانير) في عدم الجواز (بخلاف العقار) فإن فيه التأبيد وإن لم يذكر ولم يشترط (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبه العقار والكراع والسلاح أيضاً كالدراهم والدنانير كونه يعارض وأرجح من حيث السمع .

(ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الأصل في الكراع والسلاح معارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المرد القدوم وغيرهما فليكن صورة النزاع مقيـــد على ذلك ووجه أن لها معارض من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيـــد والإماء والثياب والبسط وأمالها (فبقي على أصل القياس وهذا) استظهـار على أن إلحاق غير العقار والكراع بها غير جائز فقال (لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين) أي معظم الدين لأنه من فروض الكفاية وسنام البعير معروف .

(فكان معنى القربة فيهما) أي في الكراع والسلاح (أقوى) لأن الكراع آلة الجهاد ،

فـــلا يكون غيرهما في معناهما . قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعاً عنـــد أبي يوسف « ر ح » فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته، أما امتناع التمليك فلما بينا .

وأما جواز القسمة فلأنها تميز وافراز

الذي هو فرض كفاية ، والقربة بسائر المنقولات تطوع (فلا يكون) في معناه فلا يكون (غيرهما) أي غير الكراع والسلاح (في معنـــاهما) بقولهما ولم ينكر التعامل اعتماداً على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك في العبد ، قال صاحب المحيط وقف مائة وخمسين ديناراً على مرضى الوصية تصح وتدفع الذهب إلى إنسان بمضاربة يتعلمهـــا يستعملها ويصرف الربح ، وفي المحيط ، و كذلك وقف الدراهم ، والمكيل والموزن ، قال تاج الدين « رح » لا يجوز صرف الأودية الموقوفة في الماشان إلى الغنى ، ولا يجوز وقف الأودية فيــه إلا إذا ذكر الفقراء ، ولو قال على الفقراء والأغنيـــاء يجوز ، وتدخل الأغنياء تبعاً .

(قال) أي القدوري (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف « رح » فيطلب الشريك القسمة ، فيصح مقاسمته) إلى هنا لفظ القدوري « رح » ، وقال المصنف « رح » (أما امتناع التمليك فلما بينا) أشار به إلى ما ذكر في أوائل الكتاب من قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدقا بأصلها لا تباع ولا تورث ولا توهب ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بـدون التمليك وهذا قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخرة لجهة لا يقطع أبداً ، ويجوز أن يكون إشارة إلى ما ذكر من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلى آخره ، وقوله إلا أن يكون مشاعاً استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع الساعة .

(وأما جواز القسمة فلأنها) أي فلأن القسمة (تميز وإفراز) أي تميز للحوق ، وإفراد

غاية الأمران الغالب في غـــير المكيل والموزون يكون بمعنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف، فلم يكن بيعاً وتمليكاً ، ثم إن وقف نصيبه من عقـار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعـــد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له ، فالذي يقاسمه القاضي أو يبيـع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منــــه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِماً ومقاسَماً ، ولو كان في القسمة فضـــل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف ، وإن أعطى الواقف جاز

كل نصيب منه والممنوع التمليك لا الإفراد (غاية الأمران الغالب في غير المكيل والموزون يكون بمعنى المبادلة) وهي في العقار والعروض والحيوانات للتفاوت المكيل والموزون والعددي الذي لا يتفاوت ، فإن الإفراد هو الغالب منها .

(إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف) في حق الفقراء (فلم يكن) القسمة فيه (بيعاً وتمليكاً) فرع المصنف على مسألة القدوري فقال (ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه) لأن القاضي (لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع) أي الواقف (نصيبه الباقي) من العقار وهو النصف (من رجل ثم يقاسمه الواقف المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً) بكسر السين (ومقاسماً) بفتح السين ، لأن القسمة تجرى بين اثنين ، فلا يتأتى في واحد .

(ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن يكون أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بأن الجودة دراهم (إن أعطى) أي المشتري (الواقف ذلك) أي فضل دراهم (لا يجوز لامتناع بيع الوقف) لان الاخذ للدراهم إذا كان الواقف يصير بائعـاً بعض الوقف ، فلا يجوز بيع الوقف (وإن أعطى الواقف) أي وإن أعطى الواقف الشريك (جاز) لان

ويكون بقـــدر الدراهم شراء . قال والواجب أن يبتدىء من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ، ولأن الخراج بالضمان

الواقف مشتري لا بائع ، فكأنـــه اشترى بعض نصيب شريكه لوقفه (ويكون بقدر الدراهم شراء) أي يكون للمشتري وليس بوقف ، كذا في الفتاوى الظهيرية والكافي ، وفي النهايـــة ويصير الواقف مشترياً بمقابلة الدراهم وقفـــاً أي كذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز .

(قال) أي القدوري (والواجب أن يبتدىء من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) إلى هنا كلام القدوري ثم قـــال المصنف (لان القصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمـــة إلا بالعمارة فيثبت شرط) الواقف والعمارة اقتضى ضرورة التصدق وأيما (ولان الخراج بالضمان) معناه الغلة سبب أن ضمنت وقد مر بيانه في أول كتاب اللقيط يعني لما كان صلة الوقف للموقوف عليهم كانت العمارة أيضاً عليهم .

وقال الاكمل رحمه الله قوله الخراج بالضمان لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم لإجراء معارضة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مرة مقابلة منفعته ، ومعناه ما ذكرناه الآن ولم يبين أصلا الحديث فنقول حديث أبو عبيدة رضي الله عنه في كتاب غريب الحديث عن مروان العراري عن ابن أبي ذيب عن مملة بن حقاق « رح » وعن عروة رضي الله عنه ، وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فعله ثم لحديد غنياً كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب ، ويرجع بالثمن فيأخذه ويكون له الغلة طيبة وهو الخراج ، وإنما طابت له الغلة لانـــه كان ضامنا للعبد ، ولو فات من مال المشتري لانـــه في يده إلى هنا لفظ أبي عبيـــد .

وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته ، فإنها على الموصى له بها ، ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر لهم وأقرب أموالهم هـــذه الغلة فيجب فيها ، ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي ماله شاء في حال حياته ، ولا يؤخذ من الغلة لأنه معـــين يمكن مطالبته ، وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما تبقى الموقوف على الصفة الذي وقفه ، وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنهـــا بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه . فأما الزيادة على ذالـــك فليست بمستحقة عليه ، والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر

(وصار) أي حكم (كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها) أي فإن نفقته (على الموصى له بها) أي بالخدمة ، لان الغرم بإزاء الغنم والخراج بالضمان (ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر بهم) أي بالفقراء والظفر الفوز ، وإنما لا يظفر بهم لانهم لا يحصون .

(وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها) أي فتجب العمارة في الغلة (ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهي) أي العمارة (في ماله شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة) أي لا يؤخذ منها صاحبها لأنه قال في مال أي مال شاء ، وهذه الغلة أيضاً من ماله فلو لم يفد بذلك فمقتضى كلامه قاله الأكمل .

(لأنه) أي لأن الموقوف عليه معنى (معين يمكن مطالبته ، وإنمـــا تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه ، وإن خرب) أي الوقف (يبنى على ذلك الوصف) أي الذي كان الواقف وقفه عليه (لأنها) أي لأن العمارة (بصفتهـــا صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه ، فأما الزيادة على ذلك) أي على الوصف الذي وقف الواقف بذلك الوصف .

(فليست) أي الزيادة (بمستحقة) أي على الموقوف (عليه والغلة مستحقة له) أي للموقوف عليه (فلا يجوز صرفهـــا) أي صرف ما يستحقه (إلى شيء آخر) من زيادة

إلا برضاه . ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته. فإن امتنع من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف

العبارة (إلا برضاه) أي برضاء الموقوف عليه (ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك) أي لا تجوز الزيادة على البناء على الصفة التي وقفه الواقف عليها (عند البعض) أي بعض المشايخ .

(وعند الآخرين يجوز ذلك) أي ما يعمل من الزيادة (والأول) أي عدم جواز الزيادة في البناء (أصح) مما قاله البعض (لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان على ما مر) عن قريب (وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته) نفقته تجب عليه لأن الغرم بالغنم .

(فإن امتنع) أي ولده (من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها) أي القاضي (تفوت السكنى أصلا والأول) أي عمارة القاضي الوقف بالأجرة (أولى) من البطالة ، لأنه يفضي إلى استيصال حق السكنى .

(ولا يجبر الممتنع) أي عن العمارة من الموقوف عليهم (على العمارة لما فيه من إتلاف

ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ، فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ، ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك . قال وما انهدم من بناء الوقف وآلتــه صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ،

ماله) بالنفقة على العمارة فله الامتناع من الضرر وهو إتلاف ماله (فأشبه امتناع) حال هذا الممتنع (صاحب البذر في المزارعة) بأن عقد اثنان عقد الزراعة وما في عليه البذر، ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر ، وهو إتلاف ماله .

(ولا يكون امتناعه) من العمارة (رضا منه ببطلان حقه ، لأنه في حيز التردد) أي في ناحية التردد ، وذلك لأنه يحتمل أن يكون امتناعه لعدم القدرة بعدم النفقة ، ويحتمل أن يكون لرجائه إصلاح القاضي ومؤمته ، ويحتمل أن يكون لإبطال حقه بالنزول عنه، فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك .

(ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك) للعين لأن الإجارة تملك المنافــع بعوض ، والتمليك إنما يتحقق من المالك ، وهنا من لــه السكنى ليس بمالك للسكنى ، وإنما تجب منفعة السكنى ليسهل الثواب الواقف ، ونوقض بالمستأجر فــإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها ، وأجيب بأنه مالك المنفعة ، ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقدمقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ، ومن له السكنى أقيمت له النفقة ، ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة في ابتداء العقد مقام المنفعة في ابتداء الوقف ، ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره .

(قال) أي القدوري (ومن هدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قولــه وآلته يحتمل أن يكون مجروراً بالعطف على النبي بمعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن يلي خشب الوقف ، وقيد ويحتمل أن يكون مرفوعــاً بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لأنه لا يقال انهدمت الآلة (صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليــه ،

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف، فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعين وصرف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل.

ولا يجوز أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه، وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم.

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العمارة ليبقى) أي الوقف (على التأبيد فيحصل مقصود الواقف، فإن مست الحاجة إليه) أي إلى أن يعمر الوقف (في الحال صرفها) أي إلى ما انهدم من البناء وآلته (فيها) أي في العمارة (وإلا أمسكها) أي إن لم يمس الحاجة إلى العمارة في الحال سلمها (حتى لا يتعذر عليه) أي على الحاكم.

(ذلك) أي الصرف (أوان الحاجة) أي وقت الاحتياج (فيبطل المقصود) من الوقف (وإن تعذر إعادة عينه) أي عين ماانهدم (إلى موضعه بيع) أى باعه القاضي (وصرف ثمنه إلى المرمة) أي إلى الإصلاح، يقال رم البناء يرمه رما ومرمه إذا أصلحه (صرفاً للبدل) وهو الثمن (إلى مصرف المبدل) وهو الوقف (ولا يجوز أن يقسمه) هذا لفظ القدورى، وقال المصنف (يعني النقض) بضم النون وسكون القاف بمعنى المنقوض، وهو اسم للبناء المنقوض (بين مستحقي الوقف) من تتمة كلام القدورى، والنون فيه سقطت الإضافة.

(لأنه) أي لأن النقض (جزء من العين) أي من عين الوقف (ولا حق للموقوف عليهم فيه) أي في النقض (وإنما حقهم) أى المستحقين (في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم) لما فيه من الظلم، فلا يجوز.

قال وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عنـــد أبي يوسف ، قال « ر ض » ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه ، أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف « ر ح » ، ولا يجوز على قياس قول محمد « ر ح » وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي « ر ح » ، وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز ،

(قال) أى القدورى « رح » (وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف « رح ») وبـــه قال أحمد « رح » وابن أبي ليلى الزهري وابن شريح من أصحاب الشافعي « رح » (قال) أى المصنف « رح » (ذكر) أى القدورى (فصلين) أحدهما هو (شرط الغلة لنفسه) والآخر هو قوله (وجعل الولاية إليه) أما الأول) وهو جعل الغلة لنفسه (فهو جائز عند أبي يوسف « رح ») وقال الولوالجي « رح » في فتـاواه ومشايخ بلخ « رح » أخذوا بقول أبي يوسف « رح » والصدر الشهيد « رح » أيضاً كان يفتي به أيضاً ترغيباً للناس في الوقف .

(ولا يجوز على قياس قول محمد « رح » وهو قول هلال الرازى « رح » وبـــه قال الشافعي « رح ») وبـــه قال مالك وهلال الرازى هو هلال الرازى وأضيف هلال إلى الرازى لكونه من أصحاب الرازى ، وفي المغرب الرازى تصحيف . قلت مـــا وقع في نسخ الهداية إلا الرازى ، والصواب ما قاله صاحب المغرب وهو هلال بن يحي البصرى هو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي البصرى « رح » وهو من أصحاب أبي حنيفة « رح » ووصية أبي حنيفة « رح » مشهورة يجب حفظها لكل فقيه ، وقيل إن هلالاً أخذ الفقه عن أبي يوسف « رح » وزفر « رح » أيضاً .

(وقيل إن الاختلاف بينهما) أى بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (بنـاء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز) يعني عنـــد أبي يوسف « رح » لا يشترط ذلك خلافاً لمحمد ، فلا جرم أبو يوسف « رح » صح شرط الغلة لنفسه لأنـــه لا يشترط القبض

وقيل هي مسألة مبتدأة ، والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعـــد موته للفقراء ، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء ، ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهـــات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين ، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقـــد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح ، لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجـــه قول محمد « رح » أن الوقف تبرع على وجـــه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض أو الكل

والإفراز ومحمد « رح » لم يصححه لأنه لا بشرطهما (وقيل هي مسألة مبتـــدأة) يعني الخلاف واقع فيها ابتداء ، وقال الهندواني ليس في هذا رواية ظاهرة عن محمد « رح » إلا شيء ذكره في كتاب الوقف قال إذا وقف على أمهات أولاده جـــاز لأن الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه لأن ما يكون لأم ولده حـــال حياته يكون له .

(والخلاف) أى بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سواء) هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو وقف وشرط البعض أو الكل) أى بعض الغلة أو كلها (لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء ، فـــإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين ، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقـــد قيل هو على الخلاف أيضاً) عند أبي يوسف « رح » يجوز وعند محمد « رح » لا يجوز .

(وهو الصحيح) احترازا عن القول الأول هو القول بالجواز بالإتفاق، ولكنه مخالف لرواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان ، فإن فيها جعل جواز الوقف عليهن بالإتفاق (وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه) أشار به إلى قوله لا بد من التسليم إلى المتوسط (فاشتراط البعض) أى بعض الغلة (أوالكل)

لنفسه يبطله ، لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصـــار كالصدقة المنفذة ، وشرط بعض بقعة المسجد بنفسه ، ولأبي يوسف « رح » ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته ، والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منهـا إلا بالشرط ، فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

أو اشتراطه كل الغلة (لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق) لأنه جعل فقه ملك فقه لنفسه .

(فصار) أي حكم هذا (كما في الصدقة المنفذة) فإنه لا يجوز أن يسلم قدراً من ماله على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له ، فهذا الشرط باطل (وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بالجر عطفاً على الصدقة المتمذرة بأن وقف مسجداً وشرطه أن يكون البعض من نفقة المسجد له فهذا غير جائز .

(ولأبي يوسف « رح » ما روى ان النبي ﷺ كان يأكل من صدقته) هـــذا غريب ليس له أصل النعم . روى ابن أبي شيبة في مصنفه في باب الأحاديث التي اعترض بها على أبي حنيفة « رح » ، حدثنا ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه أخبرني حجة الدري قال صدقة النبي ﷺ يأكل منها أهلها بالمعروف (والمراد منها صدقته الموقوفة) بمعنى معنى قوله كان من صدقته الموقوفة وصحة هذا المعنى على صحة هذا الحديث المذكور فلم يصح ، وقد قال الأترازي « رح » وجه قول أبي يوسف « رح » ما رواه زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقتــه ذكر الحديث شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه .. انتهى .

قلت هذا لا يغني شيئاً في الاستدلال على المدعي (ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط) لأن أكل الواقف لا يخلو من أحد الأمرين إلا أن يكون شرطاً أولا ، والثاني لا يحل بالإجماع فتعين الأول (فدل على صحته) أي صحة الشرط (ولان الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

على وجه القربة على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه، وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة ، وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ، ولأن مقصوده القربة ، وفي التصرف إلى نفسه ذلك . قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز

على وجه القربة على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ، ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً بقوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وإلى قوله لابي يوسف أن المقصود هو المعتبر فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة .

(فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله) أي في الخان (او يشرب منه) أي من السقاية (أو يدفن فيه) أي في المقبرة ويذكر الضمير في الموضعين باعتبار المذكور .

(ولان مقصوده) أي مقصود الواقف (القربة وفي التصرف إلى نفسه ذلك) أي حصول التقرب (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (نفقة الرجل على نفسه صدقة) هذا الحديث رواه ابن ماجة من حديث لغدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال ما من كسب الرجل كسباً أطيب من عمل بدنه وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وروى ابن حبان عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال أيما رجل كسب مالاً من حلال فأطعمه لنفسه أو كساها فمن دون خلق الله تعالى فان له به زكاة ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(ولو شرط الواقف أن يستبدل به) أي بوقفه (أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز)

عند أبي يوسف « رح » وعند محمد « رح » الوقف جائز والشرط باطـل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف « رح » وعند محمد « رح » الوقف باطـل وهذا بناء على ما ذكرنا ، وأما فضل الولاية فقد نص فيـه على قول أبي يوسف « رح » وهو قول هلال أيضاً وهو ظـاهر المذهب ، وذكر هلال في وقفه ، وقال أقوام إن شرط الواقف

والشرط باطل وبـه قال الشافعي وأحمد « رح » والقيـاس لا يجوز الوقف والشرط وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في روايـة ، وفي الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استدلال الوقف باطل لا رواية .

(عند أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » الوقف جائز والشرط باطل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف « رح ») كما هو مذهب في التوسع في الوقف ، وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار صدقة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف « رح » أيضاً ، وفي النوازل قد ذكر هلال بن يحيى هذه المسألة وقال إذا وقف على أنه بالخيار فالوقف باطل سواء بين الخيار وقفا أو لم يبين ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه قال يبين للخيار وقتاً معلوماً جاز الوقف والشرط ، وإن لم توقت وقتاً فالوقف والشرط باطلان .

(وعند محمد « رح » الوقف باطل) وبه قال هلال (وهذا) أي الخلاف المذكور (بناء على ماذكرنا) أشار به إلى أن جعل عليه الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف « رح » فانه لما جاز أن بنى الواقف الغلة لنفسه ما قام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثـة أيام لرأى النظر فيه (وأما فضل الولاية فقد نص فيه) أي فقد نص القدوري في فضل الولاية بالجواز (على قول أبي يوسف « رح » وهو قول هلال أيضاً ، وهو ظاهر المذهب ، وقال هلال [1] في وقفه ، وقـال أقوام « رح ») أي بعض المشايخ (إن شرط الواقف

(١) وذكر بلال — هامش .

الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد « رح » لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ، ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ،

الولاية لنفسه كانت له ، وان لم يشترط لم تكن له ولاية ، قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد « رح ») أن الذي ذكره هلال في وقفه وهو ان تكون الولاية للواقف إذا شرط والا فلا .

(لان من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فان قلت مذهب محمد « رح » ان التسليم إلى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه هنا في التسليم فما وجهه قلت لا تسلم المنافاه لان شرط الولاية سابق ، والتسليم لا حق بعد ذلك هل يكون له الولاية ام لا ، قال اذا وجد الشرط اولا كانت له الولاية والا فلا .

(ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهة الواقف بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية ، وغيره يستفيد الولاية منه) قوله ولنا الى آخره استدلال لأبي يوسف « رح » وعبر عنه بقوله اشارة الى انه المختار (ولانه) اي ولان الوقف (اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه) وقال أبو نصر العمارة للباني وأما نصب المؤذن والإمام لاهل المحلة ، ولا يكون للباني منهم بذلك ، وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصبيهما من غيره كما العمارة كالقاضي ، وقال ابو الليث وبه نأخذ الا أن يريد الثاني اماماً ومؤذنا والقوم يريدون أصلح فلهم أن يفعلوا ذلك ، كذا في النوازل .

وكمن أعتق عبـــداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غـــير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظراً للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل .

فصـــل

وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقـــه ويأذن للناس بالصلاة فيه ،

(وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لانـه أقرب الناس اليه ، ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها) أي الولاية (من يده نظراً للفقراء كما له) أي للقاضي (أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكـذا) أي للقاضي أن يخرجه (اذا شرط أن ليس للسلطان ، ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليهـا غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل) لان الشرع أطلق للقاضي اخراج من كان متهما دفعاً للضرر من الفقراء ، ولو شرط الولاية لرجل فالولاية له كما شرط بلا خلاف وأن الواقف اخراجه فذلك ، ولو شرط أن ليس له اخراج القيم بطل شرطه لانه مخالف لحكم الشرع ان لازمة وكالة وهي ليست بلازمة ، ولو جعلت الولاية اليه في حياته وبعد مماته كان جائزاً وهو وكيل في حياته ووصى بعدوفاته. فرع لو قال أرضى موقوفـة ان شئت أو أجيب كان الوقف باطلا لان تعليقه بالشرط باطل ... وكذا لو قال أرضي صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت وكان الوقف باطلا ، ولو قال شئت وجعلها صدقة موقوفـــة صح لانها ابتداء وقف له .

(فصل)

لما كان أحكام هذا الفصل غير الاحكام التي قبله فصل ذلك بفصل على حدة (وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ، ويأذن للناس بالصلاة فيـه ،

فإذا صلى فيه واحـــد زال عند أبي حنيفة « رح » عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة « رح » ومحمـــد « رح » ويشترط تسليم نوعه ، وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقـــام تحقق المقصود مقامـــه ، ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفـــة « رح » وكذا عن محمـــد « رح» ، لأن فعـــل الجنس متعذر فيشترط أدناه ، وعن محمد « رح » أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب .

فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عنـــد أبي حنيفة « رح ») هـذا كله لفظ القدوري ، وقال المصنف رحمه الله (أما الافراز فلأنه لا يخلص لله تعالى الا به ، وأما الصلاة فيـــه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويشترط تسليم نوعه) أي يشترط تسليم كل شيء على ما لايليق به.

(وذلك في المسجد بالصلاة فيه) وهو معنى قوله وذلك بالصلاة فيه (أو لانه لماتعذر القبض) لعدم نقص حقيقته يعلم (يقام تحقق المقصود) وهو الصلاة فيه (مقامه) أى مقام القبض (ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه) أى في المسجد (في روايـة عن أبي حنيفة « رح » و كذا عن محمد « رح » في رواية لأن فعل الجنس) وهو صلاة الكل (متعـذر فيشترط ادناه) أى أدنى فعل الجنس وهو صلاة الواحدة لتعذر فعل الكل ، فان الواحد عن الكل فيما هو حقهم ، وفي المبسوط المسجد موضع المسجد ، وقد حصل بصلاة الواحد بلا جماعة .

(وعن محمد « رح » انه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب)أي قبل الصلاة بالجماعة في المسجد قبض باتفاق الروايات عن أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وإذا

وقال أبو يوسف « رح » يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد ، وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل .

قال ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه

صلى فيه واحد أو جماعة وأحدانا قبل يكون قبضا فقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه عن أبي حنيفة «رح» روايتان في رواية لا يكون قبضاً وفي رواية يكون قبضاً ، وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير وإن صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم فيه عند محمد « رح » أيضاً ، وقال في الذخيرة عن محمد « رح » أنه يشترط الصلاة بالجماعة فحصل حينئذ عن محمد « رح » روايتان أيضاً ، هذا إذا صلى فيه ، أما إذا لم يصل فيه لكنه دفع إلى المتولى فهل يكون ذلك قبضاً على قولهما فيه اختلاف المشايخ « رح » ذكره شيخ الإسلام قيل بأنه قبض لأن المسجد له خادم يكبر ومغلق الباب والتسليم إليه قبض كما في سائر الأوقات ، وقيل له يقبض لأن المسجد ليس لها متول كما يكون كسائر الأوقات ، واختلف المشايخ إذا جعل أرضه مقبرة ، ودفعها إلى المتولي ولم يذكر محمد «رح» في المبسوط فقال بعضهم إنه قبض كما في الخان والسقاية .

وقال بعضهم ليس بقبض لأن المقبرة لا يكون لها متولى ، وإنما ذكر محمد « رح » في المقبرة أنه إذا دفن فيها واحد أو اثنان فإنه يصير قبضاً (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى في سقوط حق العبد ، وصار كالإعتاق) لأنه إسقاط للملك ، وبه قالت الثلاثة (وقد بيناه من قبل) أشار به إلى قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » بقوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأكد كالعتق .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن جعل مسجداً تحته سرداب) بكسر السين معرب سرورية وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وهي معروفة سردابه (أو فوقه)

بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه ، وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس ، وروى الحسن عنه أنـــه قال إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد ، وذلك يتحقق في السفل دون العلو ، وعن محمد « رح » على عكس هذا ، لأن المسجد معظم ، وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل ، يتعذر تعظيمه ،

أي فوق المسجد (بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعـه) أي لا يكون مسجداً (وإن مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقـــاء حق العبد متعلقا به) والمسجد ما يكون خالصاً لله تعالى .

(ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس) لانه حينئذ لا يكون السرداب مملوكاً لاحدكما أن سرداب بيت المقدس ليس بمملوك لاحـــد (وروى الحسن « رح » عنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (انه قال إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد ، وذلك) أي التأبيد (يتحقق في السفل دون العلو) فإنه لا يتأبد فيه .

(وعن محمد « رح » على عكس هذا) أي روى عن محمد « رح » عكس هذا بأن جعل العلو مسجداً صح ، وإذا جعل السفل لا يصح (لان المسجد يعظم [1] ، وإن كان فوقه يسكن [2] أو مستغل) أي يكرى للاستغلال (يتعذر تعظيمه) وعن بعض المشايخ إذا كان العلو مسجداً والسفل حوانيت موقوفة على المسجد أو على الغلب لا بأس به لان الكل منقطع عن حقوق العباد ، ولو كان تحته حوض العامة اختلف فيه على قول من يجوز

(١) معظم — هامش .
(٢) مسكن — هامش .

وعن أبي يوسف « رح » أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد « رح » أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا . قال وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه ، يعني له أن يبيعه ، ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع ، وإذا كان ملكه محيط بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لأنه أبقى بطريق نفسه فلم يخلص لله تعالى ،

وعن محمد « رح »

اتخاذ العلو مسجداً قيل لا يجوز قياساً على الحوض الحاض وقيل يجوز .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه جوز في الوجهين) يعني إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت (حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد « رح » أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا) أي للضررة ، وانما أعاد ذكر قول محمد « رح » بهذا الطريق ولم يقله عن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين في الحكم عندهما سواء لهالة ما ذكر لكل واحد من دخول مخصوص في مصر مخصوص ، ولزيادة القيم التعليم بلفظ الكل ، وكذلك عطف على قوله ، ومن جعل مسجداً تحته سرداب فله أن يبيعه .

(قال وكذلك) أي يبيعه (ان اتخذ وسط داره مسجداً ، وأذن للناس بالدخول فيه) وهذه من مسائل الجامع الصغير ، وقوله (يعني له أن يبيعه) من كلام المصنف « رح » ولقوله وسط بسكون السين إذ المراد غير معين ، وقال الكاكي « رح » هذا مقيد بقيد العلامة مولانا حافظ الدين (ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع ، واذا كان ملكه محيط بجوانبه) أي بجوانب المسجد (كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى ، وعن محمد « رح ») أي روى

أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث يعتبر مسجداً ، وهكذا عن أبي يوسف « رح » أنه يصير مسجداً لأنه لما رضي بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل في الإجارة من غير ذكر ، قال ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيرز عن حق العباد فصار خالصاً لله تعالى وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق ، ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً

عنه في هذه المسألة انه قال (أنه) أي ان هذا المسجد (لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره) أي محمد « رح » (مسجداً ، وهكذا) أي روى (عن أبي يوسف « رح » انه يصير مسجداً لانه لما رضى كونه مسجداً ، ولا يصير مسجداً الا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل) أي الطريق (في الإجارة من غير ذكر) بمعنى وان لم يذكر ويدخل فيه الطريق ، فصار مستحقاً .

(ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيرز) أي مخلص (عن حق العباد ، فصار خالصاً لله تعالى) لكن هذا إذا سلم إلى المتولى أو صلى فيها بجماعة ، أما إذا لم يصل فيه بجماعة ، ولم يؤخذ التسليم لا يصح الوقف لأن التسليم أو الصلاة بجماعة شرط عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » في الصلاة وحدانا اختلاف الرواية .

(وهذا) توضيح لقوله (لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما يثبت له من الحق رجع إلى أصله) وهو كونه لله تعالى (فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق) فإنه لما أحرز مملوكه رجع إلى أصله وهو الرقة فانقطع حقه عنه (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) على صيغة المجهول أي استغنى أهل المحلة عن الصلاة فيه (يبقى مسجداً) على حاله

عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فـــلا يعود إلى ملكه وعند محمـــد « رح » عاد إلى ملك الباني أو إلى وارثه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته وقد انقطعت فصـــار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغنى عنـــه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر . قال ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة

(عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد « رح » يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثـــه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته ، وقـــد انقطعت) أي القربة .

(وصار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف « رح » يقول في الحصير والحشيش أنـــه ينقل إلى مسجد آخر) وكذا قنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك مسجده ، وكما لو كفن ميتاً فافترسه سبع عاد إلى ملك مـــالكه وكالمحصر إذا بعث الهدى ثم زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء ، وقـــال أبو العباس الناطفي « رح » في الأجناس قال محمد « رح » في النوادر هشام إذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أدخله داره وإن شاء باعه ، وكذلك الفرس إذا جعله حبساً في سبيل الله فصار لا يستطاع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فإن لم يعرف للمسجد بانيه فخرب وبنى أهل المسجد آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في مكمل المسجد الآخر فلا بأس بذلك ، ثم نقل الناطفي عن كتـــاب الصلاة مسجد بأوائله وعطلت الصلاة فيه ولم يجز الآخر أن يهدمه ، ولا يجبر به منزلاً ولا يبيعه ذلك قـــال الناطفي هذا عند قول أبي يوسف « رح » .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطا) وهو الموضع الذي يرابط فيه ناس أيام الصفر بإزاء العدو (وجعل أرضه مقبرة

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة « رح » لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف « رح » يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم ، وعند محمد « رح » إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط ، والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله ،

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة « رح » لأنه لم ينقطع عن حق العبد ، ألا ترى ان له أن ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف « رح » يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد « رح » إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه) لان كل باب يعتبر فيه ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى ، وفي الرباط بالنزول ، وفي السقاية بالشرب ، وفي المقبرة بدفنهم (وذلك بما ذكرناه) أى التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة (ويكتفى بالواحد) أي باستقاء الواحد وسكنى الواحد ونزول الواحد ودفن الواحد (لتعذر فعل الجنس كله) يعني لتعذر استيفاء جميع الناس من السقاية ، وسكن الجميع في الخان والرباط و كذا دفن الجميع .

وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ، ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه ، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى ما يكنسه ويغلق بابه ، فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً ، وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح ، وإن كان بخلاف العادة ، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

(وعلى هذا) أي وعلى هذا الحكم المذكور (البئر الموقوفة والحوض) أى حكم البئر والحوض الموقوفات على الحكم المذكور (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها) أى في السقاية والخان والرباط والمقبرة (لانه) أى المتولى (نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب) وهو القبض (كفعل المنوب عنه ، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لانه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه ،وإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً) أى في عرف الناس فلا يعتبر القبض فيه .

(وقد قيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى) أى لان الواقف لو نصب المتولى على المقبرة (يصح) فإذا صح يعتبر قبضه (وإن كان) أى نصب المتولى على المقبرة (بخلاف العادة ، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى) وهو اسم جمع بمعنى الحجاج كالسائر بمعنى الماء في قوله اسائر اتهجرون (والمعتمرين) أى والمعتمرين (أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ، ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ، ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة يحل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير ، والفارق هو العرف في الفصلين ، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم الأغنياء ، ولأن الحاجة تشتمل الغني والفقير في الغرب والنزول ، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه والله أعلم بالصواب .

ثغر من الثغور) الثغر موضع المخافة بروج البلدان (سكنى للغزاة والمرابطين) جمع مرابط يقال رابط الجيش أقام في الثغر بإزاء العدو ومرابطه ورباطا .

(أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا) إشارة به إلى قوله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، فاذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق .

(إلا) هذا الاستثناء لبيان الفرق بين جعل غلة الارض للغزاة حيث يكون للفقراء منهم وهو معنى قوله (إن في الغله) أى غلة الأرض (يحل للفقراء دون الاغنياء) إلا بالتنصيص وبين جعل الدار سكنى إلى آخر مايذكره، أشار إليه بقوله (وفيما سواه) أى فيما سوى المذكور (من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الفقير والغني والفارق) بين هذا وبين الذى قبله (وهو العرف بين [1] الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها) أى وفي الغلة المستوية أى يريدون (التسوية بينهم) أى بين الفقراء وبين الاغنياء ، ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول ، والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه) أى لقيام الغنى فانه مستغنى بمال نفسه من صدقة غيره اما

(١) في – هامش .

لا مستغنى عن الحال للنزول ، وعن المقبرة للدفن ، وعن الماء للشرب منه ، اذ كل واحد لا يقدر أن يشترى في كل منزل موضعاً ولا يستصحب المـــاء لنفسه في كل مكان فتحت للغني والفقير والله أعلم .

فروع : وفي فتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف اذا تعطلت وتعذر اشتغالها هل للمتولى ثبتها ويشترى مكانها أخرى قال نعم وبه قال أحمد « رح » وقد يجوز قبل أن يتعطل ، ولكن يأخذ ثمنها ماهو خير منها،ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وبه قال الشافعي ومالك « رح » وكذا لم يجوز الإبتداء بما هوخير منها وهكذا حكى عن شمس الائمة قال أبو يوسف يجوز الاستبدال ، وعن محمد « رح » انه قـال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع بـــه المساكين وللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ، ولو سكن دار الوقف بغير أجرة باذن المتولى أو بغير اذنه يجب عليه أجر المثل سواء كانت بمدة الاشتغلال أولا وعليه الفتوى ، وفي الاجناس حانوت وقف صحيح احترق السوق والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء يخرج من الوقفية وكذا الرباط اذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثاً .

ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد ، وفي العيينة[1] قال تاج الشريعة«رح» مبادلة دار الوقف بدار أخرى،انما يجوز اذا كانتا في في محلة واحدة أو تكون محلة المملوك جزء من محلة موقوفـة ، وعلى عكسه لا يجوز ، وان كانت المملوكة أكبر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها وقلة رغبات النفس فيهـا والله الموفق للصواب .

* * *

(١) القنيه — هامش .

تمّ الجزء السادس من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء السابع مبتدئاً بكتاب البيوع

فهرس الجزء السادس

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة | صفحة